

COLECCIÓN

sm

PENAL



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Fundamentos semióticos para la investigación jurídica

Carlos Andrés Bernal Castro
Manuel Fernando Moya

PENAL 14

JUS-Penal es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones, doctrinas y prácticas relacionadas con la creación, interpretación y aplicación del derecho penal. Buscando esquemas más allá de los diseñados para interpretar la ley y teniendo como horizonte una mejor comprensión y desarrollo de la justicia penal colombiana e internacional, esta colección aporta elementos para el debate y la formación de un pensamiento penal crítico, tanto en la comunidad académica como en los profesionales que participan en el campo jurídico-penal.

Otros títulos de la Colección JUS-Penal:

- El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad
- La investigación penal en las sociedades posindustriales
- El futuro de la criminología crítica
- Producción probatoria de la verdad. Ley 906 de 2004
- Las drogas: políticas nacionales e internacionales de control. Una introducción crítica
- Derecho, seguridad y globalización
- El principio de complementariedad en el derecho penal internacional
- Libertad de expresión y proceso penal
- Los menores en el sistema penal colombiano
- Bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas
- Delitos de peligro abstracto en el derecho penal colombiano

Carlos Andrés Bernal Castro

Abogado de la Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás y en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, graduado con mención especial por trabajo de grado meritorio y miembro de la red de formadores. Coordinador de las Oficinas Especiales de Apoyo de la Defensoría del Pueblo. Profesor en posgrados en las maestrías y especializaciones de la Universidad Católica de Colombia, Santo Tomás y Militar Nueva Granada. Profesor de la Escuela de Armas y Servicios del Ejército Nacional. Profesor investigador del Centro de investigaciones Sociojurídicas de la Universidad Católica de Colombia —CISJUC—. Se desempeñó como coordinador de la Especialización en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Penal Militar y de la Maestría en Procedimiento Penal de la Universidad Militar Nueva Granada. Autor de varios libros jurídicos

Manuel Fernando Moya

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho de las Comunicaciones, doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, postdoctorante en Semiótica Penal con el acompañamiento del maestro Carlos María Carcova de quien es pupilo. Investigador en temas sociojurídicos desde hace más de 20 años, con una producción intelectual de más de quince obras resultado de investigación en el área penal y numerosos artículos científicos publicados en Colombia y Europa. Profesor de Derecho Penal en pregrado y posgrado en diferentes universidades. Actualmente es profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y director del postdoctorado en Justicia constitucional para una paz sostenible de la Universidad Santo Tomás.

Carlos Andrés Bernal Castro • Manuel Fernando Moya

Fundamentos semióticos para la investigación jurídica



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Bernal Castro, Carlos Andrés

Fundamentos semióticos para la investigación jurídica / Carlos Andrés Bernal Castro y Manuel Fernando Moya. – Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2017

94 páginas; 17 x 24 cm.—(Colección JUS penal ; no. 14)

ISBN: 978-958-8934-51-8 (digital)

ISBN: 978-958-8934-50-1 (impreso)

I. Título II Serie III Moya, Manuel Fernando

1. METODOLOGIA EN DERECHO 2 .INVESTIGACION JURIDICA 3. DERECHO-INVESTIGACIONES 4. SEMIÓTICA Y DERECHO

Dewey 340.17ed. 21

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 13 de junio de 2016

2do concepto

Evaluación: 30 de junio de 2016

© Universidad Católica de Colombia

© Carlos Andrés Bernal Castro

Manuel Fernando Moya

Primera edición, Bogotá, D. C.

Febrero de 2017

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

Gabriela de la Parra M.

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Mauricio Salamanca

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

CONTENIDO

Presentación	5
Introducción	7
Capítulo 1. Fundamentos para una teoría semiótica del Derecho	15
Aspectos generales	15
Signos, comunicación y sentido jurídico	17
Capítulo 2. Aportes de la transvaloración al método semiojurídico	31
Introducción	31
Derecho y creencia social	34
Transvaloración y Derecho	36
Algo más sobre el trasfondo	40
Transvaloración y espacio judicial	49
Capítulo 3. La negación en el Derecho	55
Introducción	55
El Derecho y las relaciones: aspecto diferencial de su objeto crítico	56
La autorreferencialidad del Derecho	58
La intencionalidad y la intensionalidad jurídicas	62
Acerca de la función de definición que cumple el Derecho	64
La afirmación y la negación de los individuos por medio de las instituciones jurídicas	68
De la afirmación propiamente dicha	70
De la negación en el Derecho	72
La negación mediante el Derecho	75

A manera de conclusión: la negación como categoría de análisis de legalidad y de investigación	77
Capítulo 4. Análisis semiótico del proceso penal colombiano. Un ejercicio aplicado desde la transvaloración y la negación.....	79
Conclusiones	87
Referencias	91

PRESENTACIÓN

La investigación científica del Derecho ofrece varias alternativas metodológicas. Quizás la menos conocida en Iberoamérica es la que ofrece la Semiótica, hasta el punto de que la mayor parte de juristas latinoamericanos ignora la existencia de la Semiótica del Derecho o Semiótica Jurídica y sus ventajas. Situación contraria sucede en Norteamérica y Europa Central, en donde no solo ha tenido un fuerte impacto en la producción investigativa, sino también en la formación de los abogados, sobre todo en cuanto a los procesos de aprendizaje en procedimiento, dado que en las formas de enjuiciamiento acusatorio-adversativas ofrece beneficios que otras alternativas como la Hermenéutica ortodoxa y de base epistemológica positivista difícilmente proporcionan.

En Estados Unidos, la profesora Roberta Keelson desarrolló un proyecto de revisión del Derecho a partir de la semiótica peirciana, lo cual terminó por revolucionar la investigación jurídica, pues por esta vía debió involucrarse en el estudio de la producción de las instituciones jurídicas aquello que no es visible a la Hermenéutica ni a la Dogmática: la sociedad y, con ella, una serie de condicionantes de la producción del sentido del Derecho, como las historias de vida de los jueces, sus temores, indiferencias, la importancia que le otorgan a satisfacer expectativas sociales por medio de sus decisiones, la forma en que las comunidades manifiestan esas expectativas y las narrativas que se construyen con el sistema de signos jurídicos, entre otras.

En Europa surgió el importante *International Journal for the Semiotics of Law*, que es el medio de difusión de las investigaciones semiojurídicas más importante del mundo.

Mediante este texto no solo se procura divulgar la investigación semiótica del Derecho en Colombia, sino también cultivar la conciencia sobre su importancia. Para ello, se presentan algunos aspectos vinculados al método, en particular lo que tiene que ver con el uso de los sistemas sígnicos del Derecho y el sentido de justicia.

La Semiótica del Derecho tiene dos categorías de análisis muy valiosas: la transvaloración y la negación, que sirven al seguimiento de los procesos de generación —singénesis— del sentido social de justicia.

La obra concluye con la evidencia de la iniciación al análisis semiojurídico aplicado al proceso penal colombiano.

Este libro es producto del proyecto de investigación Nueva criminalidad, en desarrollo de la línea Fundamentos y transformaciones del poder punitivo, del Grupo de investigación Conflicto y criminalidad, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

INTRODUCCIÓN

Uno de los riesgos más graves que registran las Ciencias Sociales y Humanas consiste en la sustitución de su objeto de estudio. Tal vez esas sustituciones, que suelen ser impostaciones de su estatuto científico, han sido capitalizadas a favor del movimiento ya iniciado contra estos saberes.

Puede parecer extraño iniciar con este tipo de advertencia, más cuando respondemos a las embestidas “contrahumanistas” desde una perspectiva pseudocientífica en favor de las Ciencias Sociales y Humanas. Quizás sea un paso importante reconocer los riesgos y anticipar opciones. Precisamente eso que llamamos riesgo o impostación consiste en poner una teoría sobre el ser humano o la sociedad en el lugar del ser humano y de la sociedad.

Pues bien, no parece concebible un saber científicamente importante que carezca de acercamiento a los seres humanos y sus relaciones entre sí, para sí y con el mundo, pues el individuo en relación es, en últimas, el objeto de estudio de toda ciencia.

El haber hecho de la sociedad un objeto de estudio independiente, con distintas variables, intensidades y perspectivas, abrió paso a las Ciencias Sociales y Humanas en el escenario epistemológico.

Tal extrapolación ha servido a una oposición de las llamadas ciencias duras o exactas e incluso ha surgido cierto tipo de sospecha en cuanto a la científicidad de las primeras, pues a diferencia de las últimas, no han permitido alterar el estado del objeto de conocimiento y se ha señalado que apenas han servido para alguna

percepción del mismo. Además, han sido muy inconstantes frente a sus verdaderas posibilidades para anticipar el futuro de las sociedades, a diferencia de lo que sucede con ciencias como la Medicina que, si bien no ha alcanzado un dominio sobre el cuerpo que satisfaga por completo a los médicos, lo cierto es que sí ha podido impactarlo de forma importante, corregir disfunciones, anticipar o cocrear su propio futuro y alterar su forma; hasta se especula sobre la posibilidad de la ciencia para re-producirlo.

Si tomamos a la Sociología como la ciencia que tiene por estatuto científico eminente a la sociedad, son apreciables sus esfuerzos de proximidad a pretensiones que han adquirido la Medicina o la Biología para asimilar la sociedad a un cuerpo como el humano o el de los animales.

Esta tentativa es fruto de una idea ingeniosa —aun cuando un tanto desesperada— que ha sido apropiada para una cierta descripción plausible del fenómeno. Por ejemplo, identificar a las familias con las células, la organización política manifiesta en el Estado con el cerebro, el Derecho Penal con el sistema inmunológico o la Economía con la irrigación sanguínea han sido ideas propicias para un cierto tipo de observación y diagnóstico y, más que a ello, a la producción de modelos teóricos.

Ingeniosa, sin duda, esta idea nos sirve para evidenciar el riesgo que nos preocupa: que su cometido sea, en últimas, adquirir el estatus de las ciencias exactas; a nuestro juicio, esto es un despropósito, pues las Ciencias Sociales y Humanas tienen sus propias condiciones de validez y su importancia tiene mucho que ver con sus diferencias con las ciencias duras.

Tan pertinaz es el denuedo de sus promotores, que ha terminado por erigirse como objeto de conocimiento en sí misma en reemplazo de la sociedad y del ser humano. Es un extravío letal en el que han incurrido modelos como el marxista, que se alejó tanto de la sociedad, que la sustituyó como de conocimiento. Este ha sido el riesgo inminente de las Ciencias Sociales y Humanas: que tomen tanta distancia del individuo y de la sociedad, que terminen por prescindir de ellos.

Así que bien puede suceder que las Ciencias Sociales no solo construyan su propia versión del objeto que indagan —condición que comparten con las demás ciencias—, sino que hagan de dicha versión su estatuto científico, clausurado por sus contenidos.

El peligro de que las teorías terminen siendo el objeto de conocimiento de las Ciencias Sociales y Humanas se manifiesta en que sus servicios solo favorecen a la sociedad y al ser humano accidentalmente, pues el esfuerzo científico se enfoca en la sofisticación intelectual de los discursos que bien pueden llegar a adquirir una perfección sin precedentes, pero poco o nada sirven para impactar a la sociedad.

Claro está que las ciencias duras también construyen modelos teóricos, pero cumplen funciones muy distintas, aun cuando ello no las exime de disponer de reglas constitutivas en sus métodos.

Es cierto que las teorías sobre la sociedad, al igual que las correspondientes a las ciencias exactas, suelen ser parte del monopolio de los expertos, pero contrario a lo que sucede con los modelos teóricos de las ciencias duras, la sociedad ha sido considerada nada más que como una categoría, una abstracción o un referente distante y, al cabo, no se sabe de qué sociedad se habla. Si se hace de una teoría el objeto de conocimiento, de lo que se habla es de un discurso más que de una sociedad, lo cual va distanciándola de ella.

Por ello, al final, las ciencias exactas son más sociales que las Ciencias Sociales y Humanas, pues tienden siempre al contacto, así sea nada más que mediante la oferta de bienes y servicios, la transmisión de datos, el diagnóstico, etc., todos los que les imponen considerarla en su unidad óptica.

En efecto, la Física Cuántica se ofrece a la sociedad en posibilidades de contacto que permite quizás, no tanto un conocimiento exacto generalizado, pero sí al menos un saber de alguna manera de lo que se trata, entre otros, porque la sociedad usa lo que con base en ella técnicamente se produce o se dice producir.

La Química Farmacéutica produce medicamentos que la sociedad consume; la Física permite la producción de energía que se emplea como algo normal, aunque no se conozca el fenómeno de transmisión de la energía eléctrica.

Para lo uno y para lo otro, el científico tiene que formular muchas preguntas a las sociedades reales y no puede trabajar en tanto no sepa sus respuestas igualmente reales. No es que las ciencias exactas sean mejores, sino que metodológicamente no están pensadas para alejarse de la sociedad que, de una u otra forma, es su destino.

En cambio, con las teorías sobre el ser humano y la sociedad puede ocurrir todo lo contrario, ante la posibilidad de que las periferias de sus espacios de

conocimiento concluyan allí donde la comunidad de hablantes expertos deja de expresarse o allí donde ya no hay más interlocutores de esa misma comunidad.

Para sintetizar, podemos afirmar que mientras las comunidades de hablantes expertas en ciencias exactas hablan para sí y para el resto, las comunidades de hablantes expertos en Ciencias Sociales y Humanas solo hablan para sí mismas.

Ello explica, por ejemplo, que aun cuando no haya muchos legos capaces de revelar la teoría de las cuerdas, muchos de ellos saben que fue objeto de un premio Nobel de Física y que sugiere posibilidades de realidad a lo que antes no era más que fantasía. Ello puede ser un conocimiento muy distante de su contenido científico, pero al menos es parte de la formación básica del lego. Mientras, no sucede lo mismo con la teoría de los campos o con los modelos teóricos estructural-funcionalistas que explican la sociedad, porque no se ha estimado importante que la sociedad se forme, así sea básicamente, en los fundamentos de las Ciencias Sociales y Humanas, con muy pocas excepciones. Esto debe forzar a preguntarse si la explicación es el escaso impacto social para el que surgieron.

La distancia sugerida entre el lego y el genio de las ciencias exactas los vincula en una muy íntima familiaridad respecto al producto de su conocimiento que, en cambio, puede no existir en cuanto a las Ciencias Sociales y Humanas.

Al científico exacto le es preciso formarse con una cierta particularidad sobre su praxis, que lo distinguen del lego y le permiten una especial toma de posición frente a su objeto de conocimiento para poder verlo desde la distancia, pero siempre para mostrárselo al lego.

Mientras, al científico social, que no debería tomar ningún tipo de distancia de su objeto —puesto que no adquiere tomas de posición sino de situación con respecto a él— parece incomodarle la sociedad misma de la cual no puede desprenderse. Luego, la distancia que forja entre su labor y la sociedad es forzada, innecesaria y peligrosa. La logra mediante las teorías y, más que ello, por medio del desplazamiento de la sociedad por sus teorías. Para el científico social que hace de una teoría su objeto de estudio y lo agota en él, la sociedad no es sino un referente remoto del cual habla.

Es que si se hace de la sociedad un objeto de estudio, hay que ver que la única forma de experimentarla es sintiéndola más que pensándola.

Repetimos que no pretendemos un mayor estatus de las ciencias exactas ni que las Ciencias Sociales y Humanas carezcan de artificialidades; al fin y al cabo,

estas también forjan versiones de su objeto de conocimiento, pero una cosa es construir una teoría a partir del objeto —en procura de su propia *ratio*— y otra muy distinta es hacer un modelo teórico para ir al objeto, pues habrá violencia sobre este.

Es riesgo para la actividad de todos los científicos pensar y luego experimentar, cuando la ciencia útil procede en sentido contrario. Si agregamos que el objeto de las Ciencias Sociales y Humanas no puede apreciarse desde fuera —porque no hay ningún fuera de este—, el riesgo de artificialidad en ellas es aún mayor.

La paradoja en la que puede caer el científico social y el humanista consiste en que, pese a tener que mantenerse involucrados con su objeto de conocimiento —que es el individuo y la sociedad— produce conocimientos que poco o nada les sirven a ellos, sino apenas a la sociedad especializada en las teorías de las cuales habla, cuyos integrantes son tan escasos, que es una exageración hablar de “sociedad especializada”.

En cambio, cuando procede como suele hacerlo el científico exacto, es decir, cuando no solo se involucra con su objeto, sino que se mantiene en él —y si se separa no es más que para retornar a él por medio de la sociedad—, el saber social y humano adquieren un valor y una trascendencia que nada tienen que envidiar y mucho menos deben pretender parecerse a las ciencias exactas.

Si el científico social y el humanista forjan un modelo teórico para ir a la sociedad y no al contrario —esto es, partir de ella para producir el discurso y, desde luego, retornar a la sociedad y al ser humano—, toman distancia creciente de su verdadero objeto, lo cual suele concluir en una insuperable separación, un paralelismo en el que la sociedad y el individuo poco o nada tienen que ver con las teorías que sobre ellos se formulan. Riesgo lamentable que trae efectos no menos cuestionables, pues cuando el objeto de conocimiento no es más que una teoría, puede instrumentalizarse a la sociedad en favor de su demostración.

En efecto, es común que el científico exacto extraiga muestras de su objeto para poder conocerlo en su totalidad, pero cuando las Ciencias Sociales y Humanas persisten en las teorías como objeto de conocimiento, no se puede proceder igual. ¿Cómo tomar una porción de teoría para forjar una prueba experimental, hacer una biopsia, mirarla microscópica o macroscópicamente?

Respecto a la sociedad, no hay micros ni macros, porque una familia o un individuo son sus “muestras”. A la sociedad se la toma en su totalidad o solo se

hacen teorías con respecto a ella; abstracciones de abstracciones, sin el más mínimo contacto con su realidad. Basta pensar en lo artificioso —pero no por ello inválido— de modelos teóricos como el contrato social. El modelo teórico no es sino una versión de la sociedad, mas está bien lejos de poder sustituirla.

Este mismo panorama explica por qué se critica con frecuencia que las instituciones jurídicas tengan poca o ninguna relación con la sociedad. Se ha venido diciendo sin sonrojo que es más bien un insulto contra el ser humano y la sociedad: “La sociedad es la destinataria del Derecho”, como si no surgiera de sus entrañas, como si se tratara de un proyectil disparado contra ella. Esta es la máxima deshumanización y “desocialización” del Derecho. Entonces, no hay por qué sorprenderse, aunque sí alarmarse, por la distancia enorme que existe entre la Ciencia Jurídica y su razón de ser.

Esta investigación partió de la pregunta ¿cómo aproximarse científicamente al fenómeno jurídico sin alterar su propia *ratio*, es decir, sin imponerle la *ratio* del investigador o del modelo teórico en el que se sustenta y conservar las *humanitas* que le son propias?

En camino a la respuesta, se ha hallado una opción metodológica no muy considerada por los científicos del Derecho, pese a lo cual ha servido y servirá aún más a un método jurídico en el que, repetimos, se asuma el lugar auténtico del individuo y de la sociedad.

Esa opción es la Semiótica del Derecho que, para considerarla en sus verdaderos y justos presupuestos, exige estimar las bases de su método, algunas nada visibles a quien persiste en la Hermenéutica y la Dogmática como únicas alternativas. Esta es la mejor opción, si no la única, para evitar la sustitución del objeto de conocimiento en materia jurídica.

En efecto, el Derecho se ha caracterizado por tomar una distancia importante de la sociedad, al punto de que ha hecho carrera la idea de que las normas están dirigidas a la sociedad: no surgen de ella, sino hacia ella, desde sus exterioridades, como si fueran balas perdidas que hacen blanco en el cuerpo social. De hecho, muchas instituciones jurídicas aparecen para regular una sociedad a la que le son tan indiferentes, que mantienen una vida paralela.

Esto explica la artificialidad atribuida al Derecho, en el sentido de que no es social, sino “parasocial”, dirigido a sociedades de ángeles, a idealidades

distantes de los individuos de verdad y de relaciones humanas pensadas y no experimentadas.

Un ejemplo reciente es el sucedido en Colombia con el sistema acusatorio, una institución jurídico-procesal con la que se violentó a la sociedad colombiana, pues nunca se verificó su afinidad y se la impuso como solución a los problemas judiciales. En la práctica, no solo dejó de solucionarlos, sino que los profundizó escandalosamente.

Incluso el hecho de “pensar” que las normas —expresión reveladora de las instituciones jurídicas— están dirigidas a la sociedad sugiere un origen no necesariamente social de las disposiciones, pese al empeño denodado de algunos modelos teóricos por fundamentar el origen del Derecho en las prácticas sociales.

Así fue como la conocida Escuela Histórica del Derecho postuló que los legisladores son auténticos observadores sociales, cuya misión consiste en darle cuerpo normativo a las prácticas sociales de contenido jurídico, o sea, configurar jurídicamente lo que en la realidad ya había adquirido vida jurídica.

Sin embargo, las tendencias positivistas y, más que ello, las estructuralistas del Derecho, que lo conciben como un organismo normativo y normativamente integrado, se caracterizan por desentenderse —al menos, en cuanto al origen— de la sociedad a la que estiman como su destinataria. Derecho y sociedad son términos afines, pero tan separados, que precisan ser subtendidos.

En últimas, el fundamento de la crítica de Dworkin hacia Hart fue ese: poner a la sociedad en el lugar de un mero destinatario, en vez de aquel de protagonista incesante de la producción y renovación del Derecho, sobre todo por medio de la tarea pretoriana del juez.

Algo de lo que criticaba estaba pulsando en su propio modelo explicativo, pues lo que subtiende por necesidad al Derecho y a la sociedad es la actividad judicial y esto aproxima los dos modelos teóricos.

Que existan diversas visiones del Derecho no cuestiona su científicidad y, aunque como cualquier otra ciencia precisa de modelos teóricos que deben ser estudiados con cuidado, no legitima a sustituir la realidad jurídica —que es realidad social— por una realidad teórica que es real, mas no necesariamente social. Por ejemplo, agotar el objeto de estudio del Derecho en modelos como el de Hart o el de Dworkin es negar lo social del Derecho.

La gran inquietud es: si las teorías se aplican y mutan conforme se haga de ellas objeto de estudio, ¿cómo evitar des-socializar el Derecho en ejecución de las investigaciones sobre él?

Esta investigación arroja la consideración de dos presupuestos de análisis que permiten a la Semiótica Jurídica conservar la *humanitas* social en la que descansa la justicia. Se trata de la transvaloración y de la negación, las cuales son estimadas nada más que en la verificación de los procesos de construcción y transmisión del sentido de justicia, mediante las operaciones comunicativas que se realizan con los signos jurídicos.

Para la Semiótica Jurídica o, como preferimos designarla, Semiótica de la Justicia, Derecho y sociedad son el mismo fenómeno y, por ello, no hay nada que vincular, pues no son dos fenómenos, sino uno solo.

Es una investigación que asume el fenómeno jurídico en forma polivalente, para desembocar en un ejemplo aplicado. Intenta mostrar la posibilidad de perspectivas científicas distintas con base en las cuales puede apreciarse el mismo fenómeno —sin adulterar su *ratio*— y manifestar, que no encubrir o evadir, lo que una sociedad puede hacer de las instituciones jurídicas.

Esas perspectivas las hemos designado como transvaloración y negación y corresponden a la metodología semiótica del Derecho. Se entiende por ella el método que conduce a la identificación de los procesos comunicativos de constitución del sentido social de justicia, que son desplegados mediante las operaciones de creación y transmisión del sentido, permitidas por los sistemas sémicos del Derecho.

Por transvaloración se asume la asignación de sentido que una sociedad atribuye a una institución y por negación, deshumanizar a un miembro de una comunidad de hablantes, de suerte que no le sea posible expresarse o ser oída.

Con ello queremos precisar que esta investigación se identifica con dicho modelo y no con la Hermenéutica contextual ni con la Dogmática positivista; tampoco cabe vincularla y agotarla en la Sociología Jurídica. A nuestro entender, si bien la Semiótica y la Sociología Jurídica participan de puntos de convergencia íntimos, creemos que la Semiótica se ocupa de aspectos que le resultan inmanentes, de los cuales se desprende la Sociología del Derecho porque no forma parte de su elemento, como sucede con la creación del sentido jurídico.

Es una investigación de carácter cualitativo, que propone estas dos categorías de análisis al investigador.

FUNDAMENTOS PARA UNA TEORÍA SEMIÓTICA DEL DERECHO*

1

Aspectos generales

Suele pensarse que la Semiótica tiene por estatuto científico a los sistemas de signos¹, idea ortodoxa de la cual no podemos predicar un desacierto, pero tampoco dejar de observar que puede ser, cuando menos, reductiva de las verdaderas dimensiones del objeto de conocimiento (Ricoeur, 2009).

Lo afirmamos categóricamente porque los signos forman unidad inescindible con los procesos comunicativos y el sentido (Eco, 1991). No obstante, ha habido momentos en la historia de la Semiótica en los que sus epistemes se han caracterizado por la preferencia o el acento en alguno de estos aspectos, al tiempo que

* Debemos decir que "Semiótica Jurídica" no es la nominación que más nos gusta, pues tenemos razones para preferir "Semiótica de la Justicia". Hemos venido labrando una justificación al respecto, mas no la citamos, pues la obra respectiva no se encuentra publicada en el momento de concluir este texto. No obstante, adelantamos que la nomenclatura "Semiótica de la Justicia" parece favorable a vincular la participación de los legos del Derecho en los procesos de construcción y transmisión del sentido de justicia, lo que parece menos claro en las otras dos expresiones, en la medida en que sugieren una comunidad de hablantes especializada.

1 Creemos que la confusión y la disputa que se han formulado entre la Hermenéutica contextual y la Semiótica proviene de haber creído que el estatuto científico de la Semiótica no es otro que los sistemas de signos. Por ejemplo, si Ricoeur (2009) hubiera estimado que además de los sistemas de signos participan los procesos comunicativos y muy especialmente el sentido, no hubiera tenido la necesidad de tratar de justificar la preeminencia de la Hermenéutica sobre la Semiótica, pues creyó que, por contextualización, la primera rescataba la comunicación y el sentido.

se han minimizado los otros (Castañares, 2014)². Lo cierto es que los tres son especificidades del mismo objeto (Greimas y Fontanille, 1994) y, pese a que no es fácil conservar la debida proporcionalidad entre todos para que lo uno no opaque lo otro, una investigación auténticamente semiótica debe considerar los tres.

La misma palabra “semiótica”, como designación de esta ciencia, tiene su propia historia. Con base en Castañares (2014), podemos sostener que su origen mana de las fuentes más antiguas del pensamiento, lo que no obsta que haya habido una mayor conciencia de su importancia como área del saber autónoma y de su influencia en favor del desarrollo de otros saberes. Fue durante el siglo XX cuando, a pesar de las resistencias, se independizó de la Lingüística, de la Hermenéutica y de la Comunicología, para propiciar una megateoría del signo con aptitud para asumir las cuestiones que, desde las distintas aplicaciones de los signos en otros campos del saber, eran planteadas sin mayores posibilidades de respuesta dentro de sus propias epistemes.

Sabemos que las áreas del conocimiento formulan sistemas de signos y actos de habla a partir de sus operaciones. Por ello, se ha formulado que Semiología es la ciencia que se ocupa de la teoría general, mientras la Semiótica, de las especificidades sémicas de cada campo del saber, por lo que existe una Semiótica médica, psicológica, matemática, estadística, etcétera. Ello formó parte de la concepción saussuriana, pero no así de la procedente de Peirce (2008), quien usó la expresión “semiótica” como los europeos utilizaban “semiología”. En el Congreso de 1967 se contemporizó con la fórmula del genio estadounidense, pero los signos, la comunicación y el sentido conforman la completitud del objeto de conocimiento de la Semiótica.

Entonces, la Semiótica Jurídica se ocupa de los signos, de la comunicación y del sentido del Derecho (Werner, 2001). Para blindarnos de los acostumbrados extravíos, debemos insistir en que no se agota en el subsistema de signos

2 Algo similar ha sucedido con la retórica, pues en momentos dados se ha privilegiado la *elocutio* sobre la *inventio* y la *dispositio*.

lingüísticos mediante los cuales construye los textos jurídicos³. De este particular aspecto se ocupa la iurislingüística (Kalinowski, 1975)⁴.

Signos, comunicación y sentido jurídico

A partir de la teoría general, podemos señalar que un signo jurídico es todo aquello que sirve para representar lo jurídico y lo antijurídico. “Representar”, indica el modelo teórico de la Semiótica, es una función de remisión o referencia a algo más.

Para que haya un signo, este debe poder representar algo que no es él mismo y bien puede ser una experiencia impersonal. Por ejemplo, el signo de la señal de /fuego/ representa la combustión que se manifiesta en las llamas del fuego, pero dicha representación es válida tanto para quienes han vivido la experiencia de un incendio o de quemaduras por fuego como para quien no lo ha hecho.

Precisamente allí donde en uso de los sistemas de signos unos hablantes se comunican para crear y transmitir sentido, esto último termina siendo su propia existencia. Se trata de una especie de alquimia social cuyo resultado es lo que se ha denominado “realidad social”, “creación de la realidad social” o “creación social de la realidad”. La familiaridad que propicia el signo con la representación permite que la vida social humana se constituya más por representaciones que por experiencias en el sentido tradicional y es por ello que los signos utilizados y metamorfoseados como sentido posibilitan unas condiciones para las sociedades humanas, en cuya ausencia son impensables.

La urgencia comunicativa de los seres humanos se manifiesta en que aquello que no dice nada no existe; por eso, la vida misma emerge a la conciencia humana siempre y cuando tenga sentido y para ello es preciso que pueda decirle algo al individuo, que es quien la hace hablar. El ser humano es, al cabo, el que puede hacer, decir algo, y de esos procesos se encarga la Semiótica.

3 La advertencia proviene de habernos encontrado con la vertiente que la identifica con “semioderecho” o Semiótica Jurídica, cuando en verdad la relación es de especie a género. Tal reducción proviene de la tendencia a estrechar el objeto científico de la Semiótica a los sistemas de signos.

4 Es preciso observar que en las obras de Kalinowski (1975) no descubrimos un error, sino una episteme adecuada a un momento histórico cuando en el estatuto científico de la Semiótica se sobrepusieron los signos a las comunicaciones y al sentido. En la actualidad, el desafío científico consiste en conservar el equilibrio de los tres aspectos del objeto de conocimiento de la Semiótica en general y de la Semiótica Jurídica en particular.

Debemos tener siempre presente que el signo se ha entendido como una relación entre algo representado, también conocido como referente ([]), un *representamen* o significante (/) y un significado («»). Peirce (2008) agregó la idea del interpretante, lo que, a nuestro juicio, es el aspecto del objeto de conocimiento que revela o permite revelar el sentido:

[...] algo, de cualquier modo de ser, que media entre un objeto y un interpretante, ya que es determinado por el objeto *en relación al interpretante*, y determina a su vez al interpretante *en referencia al objeto*, de tal modo como para hacer que el interpretante sea determinado por el objeto a través de la mediación de ese “signo” (p. 84).

En su obra se aprecia que la concepción triádica del interpretante (energético, emocional y conceptual) termina siendo aquello que permite hacer algo con los signos, tal vez una modificación de la conciencia.

No se trata de un punto de encuentro entre referente, significado y significante, como si el semiotista anduviera en busca de sus fusiones por ahí en donde se hallen, de la misma forma como un botánico puede estar en busca de plantas allí en donde nacen. No: el semiotista asiste al proceso de producción de los signos y puede descubrirlos incluso en donde aparentemente no existen. El significado no será significado sino a condición de ser socialmente compartido y el estímulo y el referente deberán ser institucionalizados. Luego, hablar no es apenas expresión sin más, sino el acto genitivo de producción del sentido y, con ello, de identidades.

Todo signo es usado para cumplir funciones comunicativas, lo cual ocurre entre los hablantes de una “comunidad”; para ello, precisan de unas condiciones de trasfondo que les permiten compartir los signos (Izzo, 2012).

A partir de estas afirmaciones, podemos verificar que los signos jurídicos sirven a la representación de lo que una sociedad experimenta como jurídico. Por ejemplo, /la obligación/ es un signo que representa una atadura con base en la cual alguien puede exigir el cumplimiento de una prestación. Si bien esa ligadura carece de expresión óptica conforme a la consideración fenomenológica tradicional, nadie dudaría de su existencia, porque esa es la creencia sobre la que se apoya. Los signos jurídicos también sirven para representar lo antijurídico; por ejemplo, el /homicidio/ es un signo jurídico-penal representativo de un crimen.

Hemos expuesto la improbabilidad de desprender la experiencia del signo de las operaciones comunicativas a las que sirve, porque su función se cumple en el acto de ser empleado, lo cual es necesariamente comunicación. Se entienden por tal los procesos más o menos complejos de actos de habla, mediante los que se crea o transmite el sentido.

La comunicación jurídica más recurrente es la del acto jurídico lícito e ilícito, que es la vida jurídica de la sociedad en su cotidianidad. Una de ellas es la judicial, dispuesta por medio de los canales jurisdiccionales y es, por su propia entidad, más ruidosa, dramática y conflictual. Otra es la legislativa, que es en donde suceden las concreciones normativas para la vida jurídica. Una más es la académica, cuyos canales suelen ser los procesos de formación y desarrollo del conocimiento del Derecho.

Semióticamente, la comunicación es un fenómeno procesual constituido por actos de habla. Por la comunicación, una comunidad de hablantes se reafirma en su propio sentido, dado que es la única forma de manifestarlo, de crearlo, de circularlo; en fin, de legitimarlo (Carnera, 2012). El signo y la comunicación son los precursores del sentido, que constituye la completitud del objeto científico de la Semiótica. Su peculiar complejidad llevó a Greimas y Courtes (1991) a concluir que su concepto es inaprehensible. Con todo, más que en la posibilidad de asir un concepto, persistiremos en las condiciones de su comprensión.

La dificultad de aprehenderlo no solo proviene de su connatural complejidad, sino también de haberlo identificado con todo aquello que se le parece, pero que no es (Von Kutschera, 1979)⁵. Así que, para aproximarnos, procederemos por defecto, esto es, señalar lo que no es.

Lo primero es que no es significado, mas no quiere excluirse la posibilidad de algunas coincidencias.

[...] cualquier proposición legítimamente formada tiene que tener un sentido; y si no tiene, esto sólo puede ser consecuencia de que no hemos dado un significado a alguna de sus partes constituyentes. Así pues, “Sócrates es idéntico” no dice nada porque no hemos dado a la palabra “idéntico” ningún significado como adjetivo (Wittgenstein, 2002).

.....
5 Se asigna este discernimiento a Frege, cuyas ideas lingüísticas son propicias y afines a los fundamentos de la Semiótica.

Quienes los han identificado, han tenido que valerse de algunos aspectos del sentido para forzar la asociación y metamorfosear la significación en términos de sentido (Barthes, 2010). Es evidente que el sentido está más allá de las significaciones, a las cuales vincula con unas “representaciones superiores”, en oposición a las que tradicionalmente están referidas a los signos individualmente considerados y que hemos preferido designar “metarrepresentaciones” (Luhmann, 2005; Kevelson, 1987). Constituyen el punto de encuentro de todo aquello que una sociedad vive como valor, principio, tentación, temor, indiferencia, deseo, renuncia, etcétera. Se trata del elemento con el que construye su propia realidad: tiene un poco de lo que son y otro poco de lo que quieren ser.

Entonces, el significado de /casa blanca/ es “un habitáculo humano de color blanco”, referido a [una casa blanca]. No obstante, el sentido que puede adquirir es bastante voluble, a diferencia del significado, pues así como puede ser contextualmente la {casa blanca} en donde viven los Buendía de *Cien años de soledad*, también puede ser la {casa blanca} en donde reside una afamada familia presidencial y acentuamos “una” porque, al parecer, muchas familias presidenciales viven en casas blancas: el Vaticano, al fin y al cabo, es blanco. La posibilidad de coincidencia entre sentido y significado es tan probable como todo lo contrario.

Agregamos ahora que sentido tampoco es sinónimo de esencia de las cosas, pues:

Nada nos autoriza a decir que las esencias que encontramos le dan al Ser su sentido primitivo, que son lo posible en sí, todo lo posible, que lo que no obedece a sus leyes es imposible y que el Ser y el mundo son sus consecuencias; en realidad sólo son su modo de ser, su estilo, el Sosein y no el Sein, y si podemos decir con fundamento que todo pensamiento las respeta, como las respeta el nuestro, si tienen valor universal, es únicamente en cuanto otro pensamiento fundado en otros principios, para darse a conocer a nosotros, para entrar en comunicación con nosotros, tendría que presentarse a las condiciones del nuestro, de nuestra experiencia, y ocupar un sitio en nuestro mundo, y porque, en definitiva, todo pensante o toda esencia posible se refieren a una única experiencia y a un mismo mundo (Merleau-Ponty, 1970, p. 140).

Si, por ejemplo, vinculamos a la esencia de un canino la capacidad de ladrar, esto nada tiene que ver con que sea un ejemplar de exposición y portador del sentido de opulencia para quien lo posea o de poder de agresión para quien transite con él en alguna vía en la que se sabe que los hurtos son frecuentes.

Tampoco es apenas una orientación⁶. Aunque no podemos desatender que en algo coinciden, en la unidad diádica “intencionalidad-intensionalidad”, la orientación tiene más que ver con la intencionalidad, mientras el sentido, con la intensionalidad (Greimas y Courtes, 1991).

La orientación se deriva de la ubicación contextual del signo y ello, a su turno, se vincula al efecto perlocucionario que se busca con el uso del signo en el acto de habla concreto. Cuando en desarrollo de un juego de fútbol el locutor sentencia /el director técnico del equipo de B debe cortar la cabeza/, lo que intencionalmente busca es que el equipo prescinda de un jugador e intensionalmente ha excluido que el jugador pierda la vida por decapitación. El sentido es una sanción drástica al jugador que, en el contexto del fútbol actual, puede equivaler a la decapitación como pena absoluta en otros contextos.

Tras precisar lo que no es el sentido, podemos proceder a intentar una aproximación a lo que sí es.

Consideremos de nuevo los ejemplos empleados: /casa blanca/, /perro/ y /cortar la cabeza/. Al repasarlos con detenimiento, puede intuirse la presencia —tal vez sutil— de “algo” común respecto a su o sus sentidos. A nuestro juicio, ese “algo” es manifestación del elemento del sentido.

Para entenderlo, insistamos en apreciar que para lograr el vínculo entre los hablantes no es suficiente compartir los signos, sino que paralelamente debe haber otras representaciones también compartidas que, pese a su presencia, a su estar ahí, no están dichas y mucho menos precisadas; están presentes, pero como dadas, asumidas o ilocutadas.

Esas otras representaciones compartidas escapan siempre a las posibilidades de los programas de *software* y *hardware*; por eso, un computador no puede reemplazar a dos seres humanos hablantes y tampoco puede sustituir a un juez, pues si bien participan del uso y de la decodificación de los signos, el sentido les es tan inaprehensible como impracticable.

.....
6 Algunas comunidades construyen una especie de sinécdoque y, validos de una “pseudosinonimia”, usan la palabra “sentido” como si fuera “orientación”: “vaya en sentido vertical” para decir “suba”, por ejemplo, pero una cosa es “ascender” mediante ascensor o escaleras del primero al segundo piso del edificio y otra muy distinta “ascender” a un escenario superior. El primero solo tiene que ver con la orientación del desplazamiento y la segunda, con el sentido. Tienen semejanzas, sin duda, pero el hecho de hacer un uso contextual de la palabra “sentido” constituye contraer extensionalmente su significado a “orientación”, lo cual está bastante lejos de coincidir con su esencia y óntica.

En el caso de la /casa blanca/ vinculada al sentido del lugar en donde vive la familia de Gobierno, se actúan unas representaciones de esa naturaleza, es decir, paralelas e ilocutadas, como imperialismo, democracia o poder. En el del /perro/ ocurre lo mismo con miedo, inseguridad y protección y en el de /cortar la cabeza/, con sanción, irregularidad, disciplina.

A esas representaciones mediatas que están ahí sin ser dichas, diferentes a las representaciones inmediatas vinculadas a los signos utilizados, es a lo que venimos designando “metarrepresentaciones”. Sirven a un acto de habla que, a su turno, llamamos “metalocucionario” (Halliday, 1994, p. 106).

Con un ejemplo podemos hacer la consideración en los términos de la Semiótica Jurídica. Ese ejemplo es el fruto de una investigación que, si bien no forma parte de la actual, sí es un anticipo de ella, al menos en sus presupuestos esenciales. Fue publicada en el año 2007 y asumió el fenómeno del delito de inasistencia alimentaria en Colombia, país que lo registra entre los de más elevada frecuencia, apenas superado por el hurto y las lesiones personales (Moya, 2007).

La investigación arrojó que en una proporción superior a un 90% las personas condenadas no fueron vencidas en juicio, pues no les fue demostrado que en su acción se hubieran verificado los elementos de imputación del tipo objetivo ni subjetivo. La mayor parte de sentencias no fue impugnada o fue confirmada, tal vez porque incluso esos mismos condenados —normalmente hombres— se sentían responsables. Lo que se halló es que el sentido de justicia implicado en las sentencias no tenía por fundamento a la ley ni a la jurisprudencia, sino a las metarrepresentaciones sociales de lo que es ser un buen padre, vinculadas a la aculturación cristiana que se desató con la Conquista.

La diferencia entre las representaciones y las metarrepresentaciones consiste en que estas sirven a la actualización del sentido; por consiguiente, están mucho más allá que las primeras y permiten eso que Husserl (1996) y Merleau-Ponty (1970) llamaron “tomas de situación”. Como dijera De Saint-Exupéry (1998): “Morirás por el sentido del libro, no por la tinta ni el papel” (p. 410).

Es válido considerarlas como especie de “dogmas sociales”, que son opciones o lugares ideales en los que se encuentran principios-contraprincipios, valores-contravalores, deseos-repudios, etcétera y que configuran en abstracto todo aquello que una sociedad prescribe como lo que “debe ser”, lo que “no debe ser” y quizás también algo intermedio entre esas dos condiciones.

Los procesos sociales son oscilaciones entre esas metarrepresentaciones que no por serlo son irredimibles, pues la historia enseña sus transformaciones y sus fisuras. Tal vez no haya mayor conciencia de su existencia porque no hacen mayor ruido; incluso es posible que la sociedad no se empeñe en ser o no conforme a ellas, pero en todo caso las lleva consigo y forman parte de sí, de modo semejante a como la personalidad es parte de un ser humano.

A nuestro juicio, el sentido es la posibilidad que actualizan los hablantes en el acto de comunicarse, de converger o discrepar con esas metarrepresentaciones. Eso que llamamos actos de habla metalocucionarios consiste en ajustar los efectos perlocucionarios a alguna metarrepresentación. Entonces no son solo ajustes actitudinales, sino actualizaciones de creencias mediante tomas de situación.

Si las metarrepresentaciones identifican a una comunidad de hablantes y el sentido es la posibilidad de identificación con ellas, es pertinente a la integración social y es la forma como las comunidades forjan su identidad. Luego, el sentido es la sinapsis que cohesiona al cuerpo social, dado que su identidad está proporcionada por las posibilidades ofrecidas en las metarrepresentaciones que posee.

Sostenemos que el sentido que construye, transmite y retransmite una sociedad es lo que permite rastrear su identidad. Tiene por característica el ser compartido, porque es invariablemente social: sentido y comunidad de hablantes son términos interdependientes. “Si te gusta conocer la aventura de otro para acrecentar la tuya —pues entonces adquiere un sentido— vas a golpear a la puerta de un amigo” (De Saint-Exupéry, 1998, p. 440).

No en vano la concepción de “cultura” por la Antropología que abandona la banalidad de “las prácticas repetidas” (Geertz, 2003) es explicable como convergencias de sentido, el cual siempre sirve a la actualización y vigencia de las metarrepresentaciones (Geertz, 1987). Por eso mismo no es difícil concluir que ser padre es la representación de padre, pero ser un buen padre o un mal padre es una metarrepresentación del padre (Lévi-Strauss, 1985), lo cual explica cómo una sociedad puede vivir con prácticas como condenar personas por delitos que pueden perfectamente no haber cometido en los términos de la ley que, por cierto, no siempre disponen de un contenido coincidente con alguna metarrepresentación. Mediante procesos de individuación, las sociedades fuerzan el predominio de aquellas, pues aunque es probable que las transformen, es mucho más probable adulterar una institución.

Como consecuencia del carácter social del sentido (Van Schooten, 1996), el concepto de consenso se tornó proceloso a los semiotistas, dadas sus sospechas en cuanto a las verdaderas posibilidades de los acuerdos absolutos, democráticamente consolidados, en los que se soportaría su legitimidad. Bien entendido, el sentido no es originario de un acuerdo así considerado, sino de la práctica de “remar en la misma dirección” (Foley, 2002).

Quizás esta consideración permita comprender mejor el porqué de la vinculación sentido-identidad social (Coskun, 2007).

Otra característica del sentido es su trascendencia, tanto que hay quienes entienden que el sentido, en su dinámica, es la vida misma de las sociedades. Al comentar un artículo de Peirce⁷, Warley (2007) concluyó: “En cualquier caso, se trata de la vida de los hombres entendida como ese flujo de sentido que se crea y se recrea y que nunca se detiene” (p. 20).

También es característico del sentido identificarse con las creencias sociales, de donde la posibilidad de que algo adquiera sentido compromete siempre algún tipo de creencia; más aún, todo aquello carente de sentido es lo que una comunidad no puede creer. Crear y creer son términos interdependientes, pues en lo que no se cree no existe para una sociedad, como lo pensó Searle (1997).

El sentido es alcanzado mediante los actos de habla que integran los procesos comunicativos, los cuales son forjados mediante signos. Esta es una forma de decir que el signo y la comunicación son los precursores del sentido, así como este es precursor de la realidad social. De ahí es difícil sostener la idea de “signos naturales”, pues el ser humano es la única criatura que precisa producir su propia realidad, cuya vida es una cogitación, como lo sostuvo Merleau-Ponty (1985).

Por la misma razón, Husserl (1996) vinculó el sentido a la dinámica de la noesis:

Toda vivencia intencional es, gracias a sus momentos noéticos, precisamente noética; es su esencia albergar en sí algo así como un “sentido”, y eventualmente un múltiple sentido, llevar a cabo sobre la base de estas daciones de sentido y a una con ellas nuevas operaciones que por ella resultan precisamente “llenas de sentido”. Momentos noéticos semejantes son, por ejemplo: direcciones de la mirada del yo puro al objeto “mentado” por él en virtud de la dación de sentido, al objeto que “tiene en mente”; además, captación de ese objeto, sujeción del mismo mientras la mirada se vuelve a

7 El artículo apareció en 1878 en el *Popular Science Monthly*, con el título “How to Make Our Ideas Clear”.

otros objetos que han entrado en el “mentar”; igualmente operaciones/del explicitar, del referir, del asir reunidos, de las variadas tomas de posición del creer, conjeturar, del valorar, etc. Todo esto cabe encontrar en las respectivas vivencias, por variada que sea su estructura y por mudables que sean en sí. Pero por mucho que esta serie de ejemplos de momentos apunte a componentes efectivamente ingredientes de las vivencias, lo cierto es que también remite, por medio del título “sentido”, a componentes NO A INGREDIENTES (Husserl, 2013, pp. 293-294).

La oposición noema-noesis —y con ella la de noético-noemático— concluye en la aproximación al sentido en función de las metarrepresentaciones, pues las versiones noéticas no son sino las distintas perspectivas de sentido que puede adquirir la versión noemática de los fenómenos:

En términos de Merleau-Ponty (1957):

Si se entiende por percepción el acto que nos hace conocer las existencias, todos los problemas que acabamos de tratar se reducen al problema de la percepción. Éste reside en la dualidad de las nociones de estructura y significación. Una “forma” tal como, por ejemplo, la estructura “figura y fondo”, es un conjunto que tiene un sentido y que ofrece, por consiguiente, al análisis intelectual un punto de apoyo (p. 307).

Otra característica del sentido es su independencia de aquello que lo hace presente a la conciencia (Discini, 2015), de forma semejante a como la vida no son los cuerpos biológicos, pero se manifiesta por medio de ellos. Luego, los signos y las comunicaciones lo anticipan, pero no son el sentido y, sin embargo, para llegar a él, es preciso ir mediante los signos hacia las comunicaciones, pues en él concluyen.

Sobre este presupuesto podemos precisar que la Semiótica del Derecho tiene por fin último el sentido de justicia.

En efecto, la justicia o el “sentido de justicia” consiste en la identidad que adquiere una comunidad de hablantes con respecto a unas metarrepresentaciones sociales, por lo que catalogar algo como justo o injusto, jurídico o antijurídico, depende de la correspondencia que encuentre con esas metarrepresentaciones.

Una comunidad puede representarse a un consumidor habitual de drogas de tráfico restringido como un enfermo y el sentido es lo que le permite vincular esa representación a una metarrepresentación que le reclama actitudes de condescendencia para quienes sufren. Entonces, el sentido le indica que esa persona debe recibir un tratamiento muy diferente —tal vez opuesto— al que recibiría un portador de drogas que no es consumidor habitual.

El sentido se manifiesta en las narrativas fruto de los actos de habla que se realizan con los signos. De ahí que el sistema sónico comúnmente llamado “sistema normativo” sirva a unos procesos comunicativos que confluyen en el sentido de justicia (Kevelson, 2011; Hutton, 2009).

Alcanzado este punto, cabe hacer una aclaración: la justicia es semióticamente sentido de justicia, pero solo es posible a condición de algo que ha venido siendo inaprehensible por la Hermenéutica y la Dogmática. Nos referimos a lo que hemos preferido llamar “instinto de juridicidad” y se trata de lo mismo que Searle (1997) llamó “trasfondo” (p. 148) y Luhmann (2007), “entorno”. Es el ambiente natural de la justicia y, por definición, el conjunto de capacidades antepredicativas que posibilitan los estados intencionales de función jurídica⁸.

Su existencia permite que una comunidad pueda asociar algo con sus metarrepresentaciones para hacer emerger su sentido de justicia e injusticia. Acaso ello explique actitudes de lo que algunos han llamado “justicia social”, que bien puede ir desde el linchamiento de un agresor menor hasta el acogimiento de un *extraneus* como hermano, hijo o ciudadano. No es fácil de explicar, como tampoco suelen serlo las metarrepresentaciones y los actos metalocucionarios.

En el intento de aproximarnos, llamamos la atención acerca de esa capacidad que tienen las sociedades para formular asociaciones jurídicas en términos de derechos, obligaciones y responsabilidad, aun cuando no use los mismos términos en su lenguaje tradicional. Los abogados son los encargados de otorgarles versión

8 El concepto es desarrollado en un texto que no es posible citar por cuanto no se encuentra publicado, pero podemos decir que se sirve de la definición de Searle (1997) sobre trasfondo, para significar que el cumplimiento de las funciones jurídicas, como cualquier otra función comunicativa, precisa de la existencia de unas condiciones en cuya ausencia no sería posible la comunicación y que se caracterizan por ser antepredicativas; no reclaman conciencia ni actitudes intencionales sobre su existencia, solo se las da por presentes, porque de otro modo la comunicación sería improbable. Sus deficiencias revelarían deficiencias de dichas condiciones, como cuando uno de los locutores atiende a un sentido opuesto al que intenta el otro o los otros. Tal vez esas condiciones sean desconocidas, pero algunas son reveladoras, por ejemplo, la capacidad de escuchar, entender, atender, valorar, etcétera. No sería posible una comunicación en la que un locutor se propusiera incomodar a otro mediante un insulto si ese otro no pudiera sentirse insultado con lo dicho por el primero o si el insulto fuera manifestado en un idioma desconocido por el pretendidamente insultado y tampoco asociara la intención de quien habla al ver las expresiones de su rostro y su cuerpo o el contexto en donde se hallan. El instinto de juridicidad apunta a la existencia de unas condiciones que periten a los hablantes catalogar de justo o injusto, jurídico o antijurídico, al referente de la comunicación. La intangibilidad de su existencia no ha impedido la sugerencia de su presencia, pues se advierte sin mayor dificultad que, cuando alguien sube a un taxi, debe pagar como contraprestación una cierta suma y que no hacerlo está “mal”. Con todo, no precisa para ello saber algo acerca de los contratos sinalagmáticos ni de las características del contrato de transporte. Así como cuando se hace daño en el cuerpo de otro, poco o nada se debe saber del delito de lesiones o de homicidio para “intuir” algo injusto o todo lo contrario, si se experimenta como defensa legítima.

técnica, pero el elemento del Derecho, que es la justicia, no proviene de su conocimiento, sino del instinto de juridicidad, el cual comparte con legos.

De ello se deriva, por ejemplo, que algunas sociedades acojan como un derecho personalísimo el acceder con cierta libertad a armas de fuego para proteger algún o algunos derechos de alta estima o que se desaten movimientos sociales de envergadura en procura de cambios de situaciones hegemónicas. Así es como el matrimonio entre personas del mismo sexo, el reconocimiento de derechos de los animales y la reconcepción del ambiente como titular de derechos y no un mero objeto de protección son evidencias que no surgieron de los técnicos del Derecho, sino de personas que los experimentaron como algo que por justicia debía ser así y que, en un momento dado, lograron que sus expectativas adquirieran versión jurídico-normativa.

Esto es posible a condición del instinto de juridicidad, es decir, aquello que hace posible a un lego reflexionar jurídicamente y alcanzar conclusiones compatibles con las de los técnicos. Por tal razón, se ha dicho que el Derecho es “lógico”, porque con el debido cuidado cualquiera dotado de un mínimo de sensatez puede pensar de forma semejante al jurista.

Que haya, no obstante, un campo jurídico con las características dispuestas en la teoría de Bourdieu (Teubner y Bourdieu, 2000) no desmiente el instinto de juridicidad; apenas reconoce la experiencia histórica desatada con ocasión de la implementación del *ius publice respondendi*, la Ley de Citas y el Tribunal de los Difuntos.

Por lo mismo, una comunidad de hablantes tiene para sí algo como justicia y puede medir la distancia que una cierta situación o decisión adquiere con respecto a ella para concluir que es justa o injusta. Más aún, las instituciones jurídicas tienen como condición de persistencia que las sociedades crean en ellas, en ausencia de lo cual se transforman o se sustituyen (Bastida, 2000). De esa creencia participan tanto legos como expertos; luego, la justicia entendida como sentido no puede ser patrimonio de los técnicos, por lo que le viene bien lo dicho por Lacan (1972) respecto al ser: la justicia es hablada.

En cambio, la participación de la sociedad indiferenciada en la construcción del sentido de justicia y del Derecho es resbaladiza para la Hermenéutica y la dogmática jurídica, porque parten del presupuesto de que son fenómenos aprehensibles nada más que por juristas y se han venido desembarazando de la

sociedad al reducirla a “destinataria”. En consecuencia, todo aquello que opera en la construcción del Derecho, pero que no es jurídico técnicamente hablando, es reciclado como “irregular” y, en el mejor de los casos, se lo confían a la Sociología del Derecho. A esta, por su parte, le resulta indiferente el sentido y tampoco le interesa desarrollar las instituciones jurídicas, pues su empeño es describir lo que una sociedad hace con ellas. En otras palabras, se identifica con la Hermenéutica y la Dogmática en la asociación de la sociedad como “destinataria del Derecho” o como “víctima” de quienes se lo imponen.

Por el contrario, la Semiótica del Derecho nunca pierde de vista que, si bien las sociedades no siempre pueden hablar en las comunicaciones judiciales, ello no desmiente su participación en la construcción del sentido judicial de justicia. Por eso, indaga por los usos retóricos que una comunidad de hablantes hace de la justicia, los discursos y los usos de esos discursos, sus narrativas y sus representaciones, para precisar su influencia en la producción de la realidad surgida de los procesos judiciales. También le interesan la metonimia, la paradoja o el eufemismo jurídicos, en tanto manifiestan el sentido social de justicia que circula en los tribunales.

La proxémica judicial es el equivalente bourdiano de “*habitus* jurídico”, con la diferencia de que la Semiótica no lo contrae a una comunidad de expertos, sino que lo halla con tanta propiedad en legos como en técnicos (Moya, 2007)⁹.

La Semiótica del Derecho no deja de considerar expresiones —icónicas, simbólicas, indiciarias, conceptuales, etcétera— como la instrumentación y la parafernalia judicial, pues son expresivas del sentido de justicia social que asedia la actividad del juez.

.....
9 Ya hicimos alusión a que preferimos la designación “Semiótica de la Justicia” y tal propuesta tiene su propia racionalidad. A partir de la constatación de la existencia de un trasfondo, *habitus* o entorno jurídico, que ha preferido designar “instinto de juridicidad”, se ha hallado que el ser humano cuenta con una condición antepredicativa que le permite suscitar estados de conciencia de la función jurídica. Por ello, todo ser humano con un estándar ordinario de conciencia puede saber, por ejemplo, que quitarle la vida a alguien más es un delito, pese a no saber discernir la teoría general de delito. Lo mismo sucede cuando recibe una cosa a cambio de un precio: sabe o intuye que debe pagar el precio justo, sin que ello implique un conocimiento previo de los contratos sinalagmáticos. Dicha condición, verificable en estos y muchos más aspectos jurídicos, es el fundamento de la existencia de la justicia como parte del elemento de la vida social humana; es patrimonio de la conciencia, no de la ciencia y, por lo mismo, la Semiótica debe considerarla como esencial para la existencia del Derecho. Mientras, “Semiótica Jurídica” o “Semiótica del Derecho” sugiere un contenido técnico que solo considera a los técnicos como precursores de la justicia (Moya, 2007).

Las diferencias con la Hermenéutica y la Dogmática se precisan en que no busca el sentido de justicia tan solo en las instituciones jurídicas ni en los sistemas, sino también en las metarrepresentaciones sociales que se actualizan con ocasión del sentido de justicia. Por eso, la Semiótica Jurídica fuerza a reconocer el papel no de “destinatarios”, sino de “creadores”, que desempeñan tanto legos como expertos en la producción de la *iusphera*, ambiente creado con ocasión de la generación y transmisión del sentido de justicia (Teubner y Bourdieu, 2000; Ferrari, 2002; Luhmann, 2005; Habermas, 2002)¹⁰.

No la distingue en exclusiva el concebir la justicia como algo que se produce y se transmite mediante operaciones comunicativas, sino también porque resignifica a los que la Sociología Jurídica llama “operadores jurídicos” en favor de “personas que hablan el Derecho”, es decir, miembros de la comunidad de hablantes que propician condiciones de producción del sentido de la justicia como técnicos y como seres que sufren, que aman, que se ilusionan, que se desilusionan, que se empeñan en lo que entienden como bien o mal; en fin: seres humanos. Por esto, la Semiótica sirve al redescubrimiento de la *humanitas* jurídica allí donde la Hermenéutica se enseñorea en el tecnicismo y la Dogmática en la cientificidad de estirpe aristotélica y de exactitud inexpugnable.

Este trasfondo epistemológico¹¹, cuya complejidad parece empequeñecer cualquier experiencia de complejidad anterior, ha sido el soporte de este proceso investigativo.

.....
10 No deja de suscitar alguna sospecha de identidad con la Sociología Jurídica. No disputamos que así como hay sinapsis y espacios secantes con la Dogmática y la Hermenéutica, también los hay entre Semiótica y Sociología del Derecho. Esta persiste en el Derecho como algo meramente técnico (Teubner y Bourdieu, 2000). Al igual que la Sociología en general, se ha empeñado en considerar como opciones extremas los fenómenos sociales como fruto de conflictos (Ferrari, 2002) o como elementos que funcionan o disfuncionan dentro de un sistema (Luhmann, 2005). En ambos casos, la sociedad aparece como una metonimia, pues unos mandan y otros son mandados; en tal caso, los primeros disponen lo que es el Derecho y la justicia o las personas son operadores dentro de la estructura y todo lo que les pasa en su interior es cuestión de psicología, lo cual queda al margen de la *iusphera* o, en cambio, se formulan las acciones comunicativas como una excepción que raya en lo más improbable, es decir, lo que queda más allá de las acciones estratégicas e instrumentalizadoras (Habermas, 2002). Mientras, los presupuestos semióticos atienden a hablantes que pueden negarse o autoafirmarse por medio de una vida social, pues entiende que en los conflictos o en los sistemas intentan crear su propia versión de sí y la sociedad a la que pertenecen.

11 Quizás debiéramos decir “metodológico”, pero advertimos que una metodología aplicada es, en sí y para sí, una epistemología.

APORTES DE LA TRANSVALORACIÓN AL MÉTODO SEMIOJURÍDICO

2

Introducción

Ya tuvimos ocasión de abordar el significado de la transvaloración y de aplicarlo a estudios de estirpe semiótica y sociojurídica. Hemos considerado que se trata de “tomas de situación”, en oposición a “tomas de posición”. No se trata tanto de cómo se quiera o decida considerar un fenómeno, sino de la forma como el observador se incorpora a él y, desde luego, pasa a ser una cierta unidad con ese fenómeno.

Aquí tomamos por fenómeno todo aquello susceptible de apropiarse de la forma en la que es dado a los sentidos y también de la manera que la conciencia dispone darle, es decir, aquello que significa algo porque le ha sido atribuido un sentido.

Entonces, un fenómeno es algo caracterizado por el hecho inmanente de no resultar indiferente al ser que lo experimenta, sea este individual o social. Es una violencia que trastoca la tranquilidad de su estabilidad óptica y propicia una cierta entropía en busca de una transformación. En otros términos, la transvaloración compromete el paso de lo apolíneo hacia lo dionisiaco, como lo dijera Nietzsche (1985) o, lo que es igual, el paso de la tranquilidad de la consolidación

de la existencia que, al alcanzar sus límites, debe transformarse en otra cosa para seguir siendo ella, aun cuando resulte un tanto paradójico.

El hechizo de la metamorfosis es la condición previa de todo arte dramático. Bajo este hechizo asombroso, el soñador dionisiaco se ve transformado en sátiro, y en cuanto sátiro, contempla a su vez al dios; es decir, en su metamorfosis ve, fuera de él, una nueva visión, paralelamente apolínea, de su nueva condición. Desde la aparición de esta visión, el drama se completa (p. 517).

Es un proceso mediante el cual el sujeto se incorpora al fenómeno para hacer de él algo correspondiente a su identidad.

Dijimos que tal vez fue Nietzsche (1985) quien primero propuso la transvaloración como categoría de análisis, con lo que quiso significar los procesos de individuación de contenidos axiológicos distintos a los ortodoxos. Esto implica llevar un fenómeno a sus propios límites, hasta donde ya no pueda decir mayor cosa.

En todo cuanto atañe al valor o a la falta de valor de las cosas, la convicción de los hombres influye muy poco. Las convicciones son prisiones. No ven lejos, no ven por debajo de ellas. Para poder hablar de valor y de carencia de valor, hay que ver quinientas convicciones debajo de sí, detrás de sí. Todo espíritu que ansía algo grande y que quiere también poseer los medios para alcanzarlo, es necesariamente escéptico. La independencia de toda clase de convicciones forma parte de la fuerza; hay que saber mirar libremente. La gran pasión del escéptico, el fondo y la potencia de su ser, más clarividente y más despótica todavía que él, pone toda la inteligencia a su servicio, aleja toda vacilación, se sirve aún de los medios impíos, permite convicciones en determinadas circunstancias. La convicción es un medio; hay muchas cosas que no se alcanzan más que a fuerza de convicción (pp. 93-94).

No se contrajo a un modo de pensar sino a toda una concepción del ser, en cuya esencia radicaban las condiciones de una nueva antropología “¿Qué dice tu conciencia? Debes volverte lo que eres” (Nietzsche, 1985, p. 1.037).

Recordamos nuevamente que la filosofía de Nietzsche (1985) es en sí una fórmula de transvaloración social. Cuestionó la orientación axiológica demarcada por el cristianismo y formuló la posibilidad de un sistema deóntico que no atendía a los mismos contenidos. En rigor, no pretendía constituir categorías novedosas en las prácticas sociales, pero sí apuntaba a la reconstrucción de los valores comprometidos, informado de significados incompatibles con las prácticas de la ética

cristiana (Nietzsche, 1985). Si para la religión de la Iglesia católica el referente de vida era Dios, según el significado atribuido a la figura de Jesucristo, exterior y distinto al ser humano, para Nietzsche no existía otro dios que “el sí mismo”, entendido como el reconocimiento del ser supremo individual en torno a quien giraba toda dinámica de pervivencia socialmente conformada, como se desprende de su obra cumbre.

Si nos detenemos a considerar lo revolucionario de la obra del Maestro de Nazaret, fue una fórmula de transvaloración que cambia al Señor por un Padre y al siervo por un Hijo. A cambio de una relación feudal, cuyo criterio de unidad era el temor, se planteaba una familiar vinculada por los más indiscutibles lazos de fraternidad.

Las dos tentativas han sido agresivas y muy difíciles de asimilar, hasta el punto de que ha preferido adulterarlas. Se trata de una migración que confluye en un nuevo ser: “La vida no es un argumento; entre las condiciones de la vida pudiera figurar el error” (Nietzsche, 1985, p. 992).

Sostenemos que la transvaloración es en sí una agresión y, en tanto tal, genera reacciones encontradas, incluso en casos en los que existe consenso acerca del propósito compartido de propender a la modificación o experimentación, si así se prefiere.

Por otra parte, la esencia de la transvaloración —esto es, la dinámica de su concepto— compromete resistencias naturales similares a las que experimentan los componentes de un sistema cuando de repente forman parte de otro, pues se sabe que tienden a obedecer a los mismos parámetros de conducta. En el campo biológico, piénsese en dos situaciones: por un lado, el llamado “miembro fantasma” y, por otro, el de la anosognosia, como los describe Merleau-Ponty (1985).

En el primer evento, la persona que ha perdido un miembro de su cuerpo del que puede dirigir sus movimientos a voluntad tiende a comportarse como si aún lo tuviera. Así, puede intentar apoyarse en una pierna de la que ahora carece como si estuviera en su lugar y, de la misma forma, experimenta su presencia y dolor en el miembro ausente. En el otro caso, el miembro existe, pero la persona lo ignora porque ha perdido la sensibilidad en él y hasta se comporta como si no existiera.

La psicología de la Gestalt ha analizado estas situaciones y ha concluido que los órganos son inmanentes al sistema, que es el cuerpo; a causa de esta unidad, la pérdida real o artificial de uno de ellos genera comportamientos tendientes a

“ignorar” el cambio suscitado, es decir, la unidad del cuerpo se resiste a adoptar un comportamiento correspondiente con su nueva condición. Esto ocurre mientras se agota un proceso de aceptación de la transformación.

Este acontecer normal ha propiciado ulteriores estudios que han favorecido la fenomenología de la percepción iniciada por Hegel, desarrollada por Husserl (1996) y luego por su discípulo, Maurice Merleau-Ponty (1985).

En el campo social la situación no es muy diferente. Recuérdese el experimento de Stalin cuando operó una mutilación radical del sistema de control penal: las personas seguían comportándose como si el mismo siguiera existiendo.

Las instituciones jurídicas son fenómenos sociales con la característica de mutar en el proceso de composición y descomposición de las interacciones humanas. Se “transvalora” el Derecho, sin duda, pero, ¿qué servicio podría prestar la transvaloración a su análisis? Si se procura por esta vía la consolidación del objeto crítico de su ser científico, ofrece perspectivas que, lejos de generar hipótesis desconocidas, inquieta otras vertientes aún no consideradas o vistas muy rápidamente, cuando podrían proporcionar fragmentos que la mirada tradicional no ha considerado.

Derecho y creencia social

Las instituciones jurídicas son estructuras sociales cuya existencia se basa en la creencia generalizada de lo que representan (Searle, 1997). En tanto obra, son fruto de una intención concreta e involucran propósitos específicos no necesariamente declarados o apenas expuestos. Lo cierto es que no aparecen por azar o por imposición de fuerzas extrañas a la voluntad humana. Esta cualidad de las estructuras sociales en general y de las jurídicas en particular puede concretarse al indicar que son “intencionales”, con lo que se describe que están ordenadas a producir ciertos efectos o condiciones, puesto que son creadas con una finalidad.

Como los filósofos del lenguaje, Searle (1997), al igual que Greimas (Greimas y Courtés, 1991), advirtieron la distinción entre intencionalidad e intensionalidad. La primera apunta a la actualización consciente de lo que se pretende mediante el instrumento escogido. La segunda complementa a la primera, al proveer información acerca de los límites extensionales de las estructuras, es decir, hasta dónde quiere llegarse, hasta qué punto los términos de la sentencia son insustituibles,

como dijera Leibnitz. En el acto de comunicación —el Derecho es por esencia comunicación—, la intención del acto de habla se propone un objetivo, pero llega a él de determinada forma, no de todas ni de cualquiera: es tanto intencional como intensional.

Searle (1997) señala que las creaciones sociales, como las instituciones, atienden una regla básica descrita por él como “X cuenta como Y en C”. Ello significa que las estructuras son referenciales, o sea, hacen que una determinada situación represente algo en un contexto específico. Como lo manifiesta el mismo autor, algunos papeles que involucran características preestablecidas representan dinero dentro de un contexto social en donde se cree en la institución de la moneda. Desde luego, el dinero surgió para que operara como instrumento de valor de cambio y no como otra cosa, lo cual no ha obstaculizado una historia específica de la moneda que hubiera podido ir más allá o más acá de lo que sus creadores pudieran estimar.

Por ejemplo, un proceso judicial es otra institución, en tanto representa un ritual de definición jurídica en un medio en el que ha sido conformado a partir de reglas tanto constitutivas como regulativas (Lindahl, 1984).

También Searle (1997) se ha ocupado de este tema, al decir que las reglas referidas a situaciones que las preceden son desorden regulativo, no crean nada y apenas regulan lo que ya está constituido. Mientras, las reglas constitutivas crean el objeto al cual se refieren. Como ejemplo de las primeras, Searle (1997) propone las reglas de tránsito y entre las segundas, las del ajedrez.

Podríamos decir que en Derecho se presentan los dos tipos de reglas: son regulativas las referentes al ejercicio del derecho de contradicción, en la medida en que se encargan de una institución que las precede; son constitutivas las que otorgan carácter de única instancia a ciertos procesos, porque en virtud de la norma se convierten en procesos de única instancia.

Las estructuras participan de otra característica según la cual las instituciones constituyen estatus, entendido por tal la asignación de una significación socialmente compartida. Como toda institución, las jurídicas también implican estatus y, por lo mismo, sus efectos se realizan entre personas humanas individuales o colectivas. El estatus de condenado o absuelto, por ejemplo, se adquiere mediante el ejercicio de la institución, que es el proceso.

Al pensar en instituciones jurídicas como la familia, el estatus de deudor o acreedor de alimentos por ser padre, madre, hijo, esposo o esposa son en sí mismas representaciones sociales otorgadas por el ejercicio de las reglas jurídicas previstas para que algunos individuos sean reconocidos como tales (Bastida, 2000).

De ahí que las normas jurídicas estén dirigidas a personas o grupos de personas, si bien no necesariamente determinadas, siempre determinables. Con ello se destaca que la institución no se orienta a sujetos distintos, puesto que cosas o animales podrían ocuparlas siempre que sean objeto de relaciones con personas. Esta cualidad general permite señalar que la institución jurídica, en tanto tal, parte de una intención que se pretende realizar en seres humanos socialmente catalogados, es decir, aquellos que podríamos designar como “ciudadanos” o miembros de una sociedad mayor o menor, pero siempre identificable; personas de quienes se predica una serie de presupuestos, aunque en la realidad sean falsos, como el hecho o la situación de conocer la ley.

Transvaloración y Derecho

Ninguna institución jurídica tiene por objeto el interior de las personas, como tampoco su mente, su espíritu, su ser inconsciente o subconsciente, entendido por ello lo que quiere ser; más bien, se trata de lo que no quiere ser.

Mucho se engañará el que estudie las leyes penales de un pueblo buscando en ellas la expresión de su carácter. Las leyes no descubren lo que es un pueblo, sino tan solo lo que le parece anormal, extraño, monstruoso, ajeno. La ley se refiere a las excepciones de la moral de las costumbres (Nietzsche, 1985, p. 930).

Es preciso distinguir que las instituciones asumen acontecimientos reales, naturales o, si se prefiere, hechos que no han sido institucionalizados, para convertirlos en hechos sociales. La muestra más clara son las llamadas “pruebas”, pero también sucede con las personas, como es el caso del ser humano que termina convertido en condenado. Searle (1997) los designa como “hechos brutos” (p. 44), por ejemplo, el material físico en donde se vierten las características de un billete para ser tal es un hecho bruto que adquiere toda una significación y función social por medio de la institución del dinero.

Hemos propuesto un ejemplo en términos jurídicos: la muerte de una persona cabe en la definición de Searle como un hecho bruto que la institución jurídica convierte de delito de homicidio en un hecho institucional llamado homicidio.

Sabemos que la institución configura realidad social a partir de hechos brutos, sin perder de vista que la estructura selecciona en mayor o menor medida los hechos brutos sobre los que operará. Al fin y al cabo, la institución consiste en otorgar significado a un significante, es decir, la estructura social tiene una base semántica establecida derivada de una base sintáctica predeterminada. Si pudiéramos diseccionar la abstracción que es la institución, diríamos que tiene esas dos “partes”. Luego, lo que se hace mediante una institución jurídica es asignar un significado jurídico (el efecto normativo) a un significante (la expresión humana).

Así opera el mecanismo de asignación de estatus por esta particular estructura; como cualquier otra institución, “hace decir algo” a ciertas manifestaciones humanas. Ello sugiere que la estructura jurídica produce el efecto de reducir la ambigüedad significativa, ya que antes de su aparición, la expresión humana a la cual le apunta podía significar lo que la sociedad interpretara espontáneamente. La institución otorga significado a una expresión específica y desarticula la ambigüedad consistente en que se le dé una significación aleatoria, porque precisa a partir de ella lo que debe seguir significando.

En esta perspectiva, son identificables dos tipos de institución jurídica: por una parte, aquellas que asignan determinado estatus a propósito de la producción del hecho bruto, como en el caso del delito de homicidio; por otra, las que permiten atribuir el hecho bruto a una persona para así operar la producción de estatus prevista para el productor del hecho bruto. Este último evento corresponde a las disposiciones adjetivas concernientes a la derivación de responsabilidad, en el caso propuesto, por el delito de homicidio.

La institución jurídica propicia que algo hecho por alguien adquiera un significado de relevancia jurídica, es decir, hace que la persona produzca un fenómeno institucional como un delito, un contrato, una obligación, un incumplimiento, una condena, una absolución, etcétera.

No obstante, para “hacer ese algo”, es preciso que los actores sociales se apropien de la institución, la incorporen a su vida hasta fundirse en el elemento de su existencia que es su “ser del mundo”, que la experimente hasta vivirla espontáneamente, como si hubiera existido siempre y debiera ser así siempre,

permanecer y perpetuarse. Por ejemplo, la institución que es el delito de homicidio es experimentada por los actores sociales sin cuestionar si alguna vez ha dejado de existir el reproche social al acto de dar muerte sin tener derecho a ello.

Se sabe que las representaciones sociales de instituciones como la familia llegan a introducirse tan profundo en la vida de las personas, que difícilmente se percatan de las alteraciones históricas de la institución y rechazan hasta la más clara evidencia de su dinámica. En palabras de Luhmann (2000) diríamos “constructivismo operativo [...] La realidad de un sistema es siempre un correlato de sus propias operaciones: siempre una construcción propia” (p. 17).

Para que este proceso de individuación de la institución suceda, se requiere que puedan “vivir la institución”, o sea, que al hecho bruto previsto en la estructura le asignen la significación comprometida en ella, como también que pueda admitir el estatus que otorga la institución jurídica. Así, de vuelta al caso de la institución del delito de homicidio, es necesario que los actores sociales experimenten el acto de matar como un crimen y lo cataloguen como delito y al autor del acto, como delincuente u homicida. En últimas, es denotar y connotar el hecho bruto conforme se ha previsto en la institución.

La asignación de estatus carece de sentido al pensarla individualmente, pues el estatus tiene valor en sociedad, en grupo, por cuanto se trata de una representación social, un significado que vale siempre y cuando haya quienes estén dispuestos a aceptarlo. Si bien en principio ello puede operar contra la voluntad de las personas, para que la institución persista, debe ser aceptada. Lo que importa es que el estatus se ejecute —por decirlo de alguna forma—, que al *representamen* se le atribuya la significación prevista para él. Conforme a esto, quien dio muerte y ha sido condenado debe ser reconocido como el que cometió el homicidio o, si se prefiere, como el asesino, para que dicho estatus opere.

Otro ejemplo en el universo de significación jurídica indicaría que quien a cambio de un canon permite el disfrute de un bien inmueble debe ser reconocido como el arrendador; al que no tiene que responder porque así lo dispuso un juez, como el absuelto. Y así en general podríamos seguir citando innumerables situaciones.

En todo caso, el estatus opera siempre que el significado previsto para él por la institución que lo genera resulte socialmente identificado o identificable o, lo que es igual, reconocido en la persona sobre quien ha obrado su constitución.

Aceptar un estatus implica generalizar la aceptación de un significado; en consecuencia, se debe verificar que “para una generalidad signifique lo mismo”, no a partir de la idea del consenso, sino de la confianza en la capacidad de todos para que interpreten lo mismo o, al menos, algo muy similar.

De ahí se desprende que el Derecho, como institución, descansa en dos tipos de confianza. La primera consiste en que las personas creen que la institución es esa institución, por ejemplo, que la institución del secuestro es un delito que consiste en suprimir la libertad de una persona en forma no lícita. Por otro lado, se confía en la capacidad de las personas para creer en el estatus, lo cual implica que se admite la existencia de la capacidad que se tiene para atribuir el estatus cuando existen las condiciones que la institución ha tomado en consideración para otorgarlo. Que quien comete un delito sea reconocido como delincuente, o el que incumple una obligación sea reconocido como deudor.

Podrá concluirse que es una confianza fundamental en la capacidad sintáctica y semántica del individuo jurídico, al fin y al cabo, la intencionalidad colectiva se basa en la aceptación de una normativa a la cual se somete, voluntariamente o no.

Si la institución jurídica se construye sobre la base de la confianza en que los actores sociales la apropiarán, podemos concretar que la estructura toma un hecho bruto para hacerlo significar algo, pero para que eso suceda, es necesario que las personas creen en que el hecho bruto estimado en la institución genera el estatus que la institución debe otorgar. Así ocurre con el instituto jurídico del hurto, el cual precisa que las personas interpreten como delito el hecho (bruto) consistente en que alguien se apropie de un bien ajeno.

Obsérvese que a esta intención subyace una confianza esencial, cuya función es subtender la institución con la realidad social: es ineludible partir de la capacidad de las personas de poder concursar en el proceso social que es la institución misma, por ejemplo, al reconocer el estatus que se asigna mediante la institución a la persona que realizó la condición o hecho bruto que condiciona su asignación.

La institución jurídica de la tributación parte de que las personas en las condiciones previstas se experimenten como contribuyentes y, aunque ignoren lo que es eso en rigor, se sientan obligados frente al Estado y que si optan por no cancelar sus impuestos, actúan como evasores y ello les traerá consecuencias adversas. Es una experiencia que vive el individuo jurídico porque es capaz de vivirla.

La institución o estructura social se construye con base en el ejercicio de ella misma. Es la manera como funciona el juego social al que están llamados a participar todos aquellos que no estén excluidos. El juego origina la creencia de que los jugadores pueden participar o aprender a hacerlo. Otro evento puede señalar que para lograr el funcionamiento de la institución jurídica del homicidio, las personas deben poder experimentarse como homicidas cuando interrumpen la vida de otra persona, así como catalogar de ladrón a quien se apropia de cosa ajena, con todo lo que la experiencia personal y de otro conllevan: probables denuncias, confesiones, procesamientos criminales, etcétera.

Las instituciones jurídicas participan desde sus mismas entrañas de esta confianza en la capacidad de las personas para ejercer la institución. Esto obedece a que es preciso involucrar a la sociedad en su propia práctica, porque la estructura funciona a condición de que la sociedad crea que la institución es lo que pretende ser (Moya, 2007).

El Derecho se ha ocupado de la capacidad de las personas desde una perspectiva dogmática, a cierta distancia de ella misma y ha derivado más institutos jurídicos como la teoría del error, la proscripción de la ignorancia de la ley como fuente de responsabilidad, la comprensión misma del conocimiento y la voluntad como componentes inevitables del dolo. En fin, la imputación subjetiva, en general. Es preciso advertir que no se intenta esta versión de la capacidad el objeto del planteamiento, sino algo que acentúa otro aspecto de la capacidad y se puede designar “trasfondo jurídico” que, por lo dicho hasta el momento es, por sí, una condición de existencia del Derecho (Moya, 2007).

Algo más sobre el trasfondo

Reconocemos que la creación de la institución jurídica supone la capacidad de las personas para ejercerla o intervenir en el juego social que se plantea a partir de ella. ¿En qué consiste esa capacidad, si no se ha referido su asignación al campo jurídico como escenario que reclama una especialización que plantea una exclusión? ¿Por qué la suposición de su existencia es indispensable? Son las dos inquietudes cuyas respuestas se procuran en lo que resta de la reflexión.

Ante todo, al ocuparse de la capacidad que se ha designado “trasfondo jurídico”, no se alude a la capacidad de las personas como condición de validez de

sus actos. La perspectiva de análisis con la que se aborda permite una definición formal.

Se entiende por el trasfondo jurídico “la capacidad o conjunto de capacidades ante predicativas que hacen posibles los estados intencionales de función jurídica” (Moya, 2007, p. 27).

Se trata de capacidades antepredicativas, lo que implica que las posibilidades hermenéuticas disponibles en el intelecto de un intérprete no son las que se precisan para que la institución exista. A lo que se apunta es a la capacidad para que el ser social experimente la institución como tal, sin que necesariamente se encuentre en condiciones de interpretarla.

La institución de la obligación jurídica, por ejemplo, cuenta con que las personas puedan verse atadas a otras en ciertas condiciones, es decir, que estimen el peso de deber satisfacer a su acreedor, so pena de las consecuencias que quieren evitar. De ninguna manera es imperativo que una persona conozca la definición de obligación derivada del Derecho Romano o que pueda analizar sus elementos y características para que la obligación exista como institución. En cambio, sí es preciso que las personas puedan saberse sujetas a satisfacer un crédito cuando han aparecido las condiciones con las cuales alguien puede exigirles el cumplimiento.

Se trata de estados —mentales, si se quiere— paralelos. En uno de ellos, la persona es un técnico dentro del campo jurídico y, en virtud de ello, puede entender el contenido de una construcción compleja que demanda ciertos conocimientos para decodificarla; para eso, habrá de vérselas con la definición justiniana y sus elementos. El técnico en Derecho también se las ingeniará para resolverse frente a la posibilidad de encontrar coincidencias o distancias de la teoría de las obligaciones entre códigos civiles de cualquier Nación y el *Code* francés y hacer comparaciones entre sistemas normativos para derivar conclusiones acerca de la científicidad de la institución, pero este estado de la conciencia jurídica no interesa como condición de permanencia de las instituciones jurídicas.

El otro estado ya no es de conciencia, sino una experiencia antepredicativa, en la medida en que no exige ser consciente de la orientación intencional que subyace a la institución y requiere información técnica alguna. Se experimenta como condición preliminar del ser social, conforme con la cual puede vivenciar el hallarse en condición de obligado y comportarse de acuerdo con tal estado. Como es un dato experimental, puede vivirlo como tragedia, azar, bienaventuranza o

cualquier otra forma psicológica de sensación, pero siempre con la certeza de tener que comportarse de determinada forma o producir cierto efecto. Si se carece de esa capacidad, no es probable la institución de la obligación jurídica (Moya, 2007).

La misma reflexión puede plantearse respecto a una estructura jurídica como el delito, pues si no existiera la capacidad de ser homicida, catalogarse y comportarse como tal, la institución del homicidio no tendría posibilidad de permanencia. Esto es muy distinto a la capacidad de interpretar el tipo penal del homicidio y sus consecuencias. Aquel estado no plantea reclamos de conocimiento que hagan presente en la conciencia el estado intencional bajo el cual surgió la institución. El segundo sí lo exige, aun cuando lo que quiso hacerse por medio de la institución no se alcance a plenitud.

Si bien en tanto antepredicativa no reclama conocimientos ni destrezas técnicas, sí existe la necesidad de asociar los hechos, las situaciones o las personas dentro de un universo de significación institucional. Se sabe que la percepción no opera sino en un horizonte de sentido; de lo contrario, lo que sucederá es la apercepción del fenómeno. Las cosas, los actos y los sucesos deben significar algo para que sean percibidos como se quiere.

Recuérdese el contraste que plantea Mark Twain (1916) entre las experiencias de Theodor Fischer y Satanás en *El forastero misterioso*, cuando este aplasta a las criaturas humanas en miniatura hasta quitarles la vida. Fischer, quien se estremece ante la crueldad e indolencia de Satanás, lo experimenta como asesinatos inmisericordes, mientras Satanás no: lo hace “casi sin darse cuenta”. Los dos aprecian el mismo hecho desde universos significativos paralelos: para Satanás no es distinto a aplastar un insecto, pero para Fischer se trata de un genocidio.

La institución opera a condición de un universo de significación preexistente, que garantice la posibilidad de que las personas experimenten los hechos propios y ajenos de una forma compatible con el significado que la institución ha querido darles en el proceso de construcción social de la realidad.

Además, de acuerdo con la definición de trasfondo jurídico, se puede afirmar que con la estructura se procura establecer la práctica de una función jurídica.

Desde una perspectiva sociojurídica, las características de “lo jurídico”: a) son relaciones entre personas o entre estas y cosas; b) son unas y otras siempre respecto a otras personas, c) implican poder una sobre otra; d) dan lugar en ciertas

condiciones al empleo de la fuerza en contra de la voluntad del sometido, y e) implican la aceptación del alcance de las consecuencias, es decir, la creencia en el efecto de acción de la situación, aun cuando no haya sido manifiesto en una sentencia. Una cosa es saber que de niño X hizo una huida cobarde o que perdió un juego y otra es que mató a Y, lo violó, le hurtó o le incumplió un contrato. Jurídico es, pues, un estatus que atribuye cierto tipo de función a un hecho; lo que inquieta es ¿de qué depende su asignación?

Por función jurídica se entiende aquí la configuración de las condiciones en las cuales se producen los efectos que se pueden catalogar de jurídicos; estos son los que impone la creencia de que, dadas las circunstancias necesarias, puede operar de manera incuestionable cierto tipo de coacción o de castigo, el sometimiento a autoridades, la enervación de determinadas competencias, etcétera. De ahí que no encuentre en la característica de la coacción la distinción entre una norma jurídica y, por ejemplo, una deportiva, porque en ambas aparece un campo coercitivo verificable. Durante una justa deportiva puede haber sanciones consistentes en la expulsión de un jugador, quizás contra su voluntad, pero no sucede que el jugador crea que de su falta o de su sanción surjan consecuencias diferentes a las contempladas en el reglamento deportivo, a no ser las presiones sociales que pueden aparecer. Es diferente a lo que pasa cuando una persona desatiende una obligación de dar el dinero que se comprometió a pagar a cambio de hacerse propietario de un bien, porque creará que el incumplimiento haría que su acreedor acudiera ante una autoridad oficial que le permita actuar sobre sus bienes; que a partir de ello no le será posible acceder a créditos; que los bancos lo rechazarán frente a cualquier tentativa contractual que los involucre, etcétera. Es la creencia en algún tipo de efectos lo que hace que una institución sea jurídica.

La “magia” de la institución jurídica está dada por el hecho de que las personas denotarán y connotarán un fenómeno social dentro de un universo de significación jurídica en el que los hechos, las personas y las cosas adquieren determinado sentido por medio de la institución. Serán para él lo que la institución ha previsto que sean. La institución del delito de terrorismo, por citar un ejemplo en boga, conlleva que los actos como la activación de mecanismos idóneos para producir estragos que provoquen la zozobra de la población o un sector de ella sean interpretados como un crimen y trae consecuencias como la posibilidad de que el autor sea procesado, condenado y castigado, sin que tales actos puedan

cuestionarse más allá de su ritualidad. Por nobles y comprensibles que puedan resultar esas acciones en determinadas circunstancias y desde cierta perspectiva, serán interpretadas a partir de la institución, dentro del universo de significación que provee el sentido de criminalidad, rechazo y castigo.

Pero para que ello acontezca no se demanda que deba ser un abogado experto en Derecho criminal quien tenga la experiencia de ser un terrorista o señalar una persona o un acto de tal. Si fuera así, no sería muy probable que la institución funcionara, pues se confía en que las personas pueden hacer la identificación para efectos de las denuncias, delaciones, capturas operadas por policías quienes no suelen ser profesionales del Derecho, etcétera. Ni mucho menos se precisaría que el terrorista tuviese la suficiente formación e instrucción en Derecho Penal, para poder señalar su acción como terrorista. Es distinto que el espacio judicial al que se somete la situación sea manejado únicamente por expertos, aspecto que habrá de analizarse.

En otras partes se ha designado el trasfondo jurídico como “instinto de juridicidad” o “instinto de justicia” (Moya, 2007), lo que significa que el Derecho es, de acuerdo con Merleau-Ponty (1985), una forma de “ser del mundo”. Según esta idea, en su experiencia de individuación, las personas se dirigen al mundo para convertirlo en algo propio —conquistarlo, si se prefiere—, para lo cual lo aprehenden apropiándolo a su vida e integrándolo a ella de manera que su individualidad y la del universo llegan a confundirse.

Para el filósofo francés, el ser que percibe asume tal condición aun cuando se perciba a sí mismo y ejemplifica su idea así: cuando se palpa una mano con la otra, la conciencia asume la primera como medio perceptor, mientras la segunda experimenta el roce como una sensación de caricia o tocamiento. Con la primera se están percibiendo las características de la piel humana de una mano; con la segunda se está experimentando la sensación de ser tocada la piel de la mano. Así se quiso mostrar cómo el sujeto que percibe se dirige al mundo desde cierta posición, pero lo hace con un fin y dentro de un universo de sentido —porque algo debe significarle la experiencia de la percepción— y la ubica dentro de su construcción propia del mundo para que la experiencia le sea algo.

La experiencia que tiene el individuo de las instituciones jurídicas, vista desde su capacidad de trasfondo, es la pretensión natural que tiene de imprimirle un orden al mundo social en el acto de aprehenderlo; es una de las formas como se

involucra con él, lo hace propio, lo ordena para sí mismo. Luego, no puede ser una capacidad exclusiva de los expertos en Derecho, sino la condición humana de vivir como ciudadano del mundo, según palabras de Merleau-Ponty (1985).

Se ha optado por la denominación “trasfondo” a la manera de Searle (1997), quien la refiere a propósito de una condición detectada en la filosofía del lenguaje para que este sea posible. La comunicación mediante el ejercicio de una lengua se basa en el complejo de capacidades de los agentes comunicativos, a partir de las cuales pueden emplear los signos y decodificarlos conforme a una misma significación. Se plantea, por ejemplo, que la palabra “cortar” puede usarse de formas disímiles, como “cortar el césped”, “cortar la torta” o “cortar el brazo”, pero su utilización contextual exige que los hablantes admitan la capacidad mutua de entender lo que ha querido significarse con ella.

Cuando Searle (1997) refirió su teoría del trasfondo, advirtió que llamaba así a lo que Bourdieu (Teubner y Bourdieu, 2000) había designado *habitus*.

Podríamos sintetizar que el trasfondo o *habitus* es una capacidad que se desata a propósito de las instituciones, así como la percepción es una capacidad que se desata a propósito de los estímulos sensoriales. Como no es probable la experiencia sensorial sin la capacidad de la percepción, tampoco es viable una estructura sin la capacidad de experimentarla, como es el trasfondo o *habitus*.

De tal distinción surge que el *habitus* o trasfondo jurídico es una condición de existencia de las estructuras jurídicas y, por ello mismo, es tanto en el espacio como en el campo judicial. Aparece —al menos formalmente— excluido del espacio, no así del campo, puesto que no sería probable sin él. Incluso los técnicos del Derecho, quienes son los llamados a operar el espacio judicial, vivencian las instituciones jurídicas mediante sus *habitus* o trasfondo jurídico. No obstante su formación técnica desafía dicho trasfondo, dado que el espacio judicial es refractario a los *habitus* como fundamento de las decisiones judiciales, en los procesos se privilegia de manera significativa el saber jurídico especializado, con muy limitadas intervenciones de otro saber. Es así como se opera la exclusión que informa al espacio judicial de su carácter especialista, tanto que el lego accede a él, siempre que actúe mediante un técnico contratado o asignado por el Estado. La exclusión incluso opera respecto al juez de conciencia, al hallarse sometido al especialista por antonomasia que es el juez de Derecho, quien puede dejar

sin efecto el veredicto al invocar su contraevidencia; de ninguna manera puede existir la figura contraria, es decir, el juez de conciencia que contradice al juez de Derecho.

Otra razón que explica la exclusión es que si la institución jurídica es intensional —porque atiende propósitos específicos aun cuando no sean reconocidos— y que la expresión sintáctica está vertida en normas cuyo conocimiento demanda la suficiente formación jurídica para hacerlo presente a la conciencia —es decir, interpretar las disposiciones en función hermenéutica—, es preciso que la finalidad de la estructura jurídica se encuentre confiada a los técnicos en Derecho. En consecuencia, la labor interpretativa de las normas se opera en el espacio judicial por medio de los actores especializados, quienes son los “elegidos” para la realización de los fines últimos de la estructura jurídica.

Por lo mismo, el trasfondo jurídico como capacidad natural es trastocado, en tanto el técnico ya no puede permitirse la asimilación de la institución con la espontaneidad que lo hace fuera del espacio judicial, sino que debe argumentar apropiadamente sus manifestaciones relacionadas con la institución. Lo que de origen es instinto debe ser racionalizado y expresado de modo compatible con los fundamentos teóricos que subyacen a la estructura. En este punto pierde vigencia la bella descripción del Derecho que hiciera Celso, porque ya no se puede permitir que siga siendo un arte; la expresión plástica de la comunión del hombre con el ser humano cede a las exigencias socráticas de una ciencia que debe ser objetivamente sustentable. Quizás se evocará el oficio que fue ser jurista en la antigua Roma, que no se trataba de una actividad científica aplicada con los rigores metodológicos de coherencia y fundamentación, sino de una labor artesanal que verificaba la extrema individuación de las experiencias conflictuales en la vida de relación experimentadas por el *cives*. Sin violentarla con argumentos científicos, la traducía al lenguaje de la sublimación artística de lo que debía ser el norte de las resoluciones humanas dentro del universo social del imperio; así humanizaba el conflicto y lo deshacía hasta volverlo Derecho práctico.

De ahí que el jurisconsulto romano no hubiera precisado de abstracciones jurídicas, definiciones o teorizaciones de las cuales se ocuparían Justiniano y la Escuela de Bolonia. Se habría operado en el Derecho Romano un fenómeno muy similar al que Nietzsche (1985) señaló sobre la decadencia de la tragedia griega,

cuyo arte sucumbió con la introducción de la racionalidad socrática apuntalada por Eurípides¹².

Si el técnico en Derecho es el llamado a realizar los niveles intencionales subyacentes a la estructura jurídica, no se le puede permitir salirse de los límites metodológicos que garantizan unos efectos preconcebidos que se esperan de la institución. Sin embargo, sigue siendo posible que su instinto de juridicidad se entrevere y ¿qué puede ocurrir si ello acontece? Las probabilidades son múltiples.

Con ocasión de la creación del delito de amenazas, en Colombia se dio inicio a un sinnúmero de procesos penales que aplicaron la norma, pero fuera de los límites intencionales del Legislador. En este caso, la Corte Suprema de Justicia intervino señalando que la intención del Legislador no fue crear un tipo penal en el que cupiera toda suerte de acto de amenazas, sino aquellas con fines terroristas.

Otra situación se viene presentando con el delito de incumplimiento alimentario, con características mucho más complejas. Este reato aparece señalado como el segundo o tercer delito de más alta frecuencia en el país. Un trabajo de investigación arrojó que, pese al número de denuncias y sentencias condenatorias, no se puede saber si lo que producen las estadísticas es verídico, por cuando se pudo constatar que los operadores del espacio judicial colombiano involucran dentro del delito situaciones que no corresponden con la descripción típica; las acomodan porque estiman que el acto que juzgan es tan amenazador a sus ideas personales (no jurídicas) de lo que debe ser la familia, que ello les permite imprimirle los efectos de la pena a personas que, en rigor y frente a la institución penal del delito de inasistencia familiar por incumplimiento alimentario, no podían haber sido sancionados.

Se considera en la investigación que, a pesar de la evidencia, la situación se sostiene por varios factores: por un lado, el fenómeno detectado desde la época de Bonfante, según el cual las construcciones sociales sobre la familia son tan fuertes que permiten desligarse de las normas legales que contradicen sus convicciones. Por otro, el hecho de condenar un sinnúmero de personas como deudores alimentarios, sin saber si pueden serlo o no, genera el efecto funcional de liberar

.....
12 Para Nietzsche (1985), el valor artístico de la tragedia griega venía del movimiento de lo que designó arte dionisiaco hacia lo apolíneo. Es una especie de transmutación en donde el ser vivía la experiencia de la sublimación que conducía al escenario de los dioses, asegurada por la embriaguez y extrema sensualidad tuteladas por Dionisios. Ondulaba hacia lo terrenal nuevamente mediante la extrema individuación de la experiencia, esta vez guiada por Apolo.

al Estado de su obligación constitucional de cubrir las necesidades alimentarias de la población cuando las personas llamadas a pagar, en virtud legal, no pueden hacerlo.

Entender un fenómeno como este a partir de la práctica de los operadores judiciales que se desentienden de los límites extensionales que plantea el Legislador no puede lograrse sino por medio de la noción esencial de *habitus* o trasfondo. Prescindir de él, como ha sido costumbre en el medio colombiano, llevaría a conclusiones simplistas y poco útiles, como que el delito en cuestión tiene un impacto social grave —dada su alta recurrencia— y se limitaría a proponer la despenalización de la conducta, como si de esa forma se alcanzara un Estado de bienestar social mejor, justo o deseable.

Como puede apreciarse, la categoría del *habitus* o trasfondo jurídico orienta la investigación sociojurídica hacia lo que Husserl (1996) llama “*sinnngensis* del Derecho”, es decir, hacia aquellos estados antepredicativos de conciencia que facilitan la realización de las funciones jurídicas.

El mismo Bourdieu (Teubner y Bourdieu, 2000) advertía que prescindir del *habitus* conducía a conclusiones desarraigadas de la realidad social y la aceptación de conclusiones estadísticas, desprovistas de las bases ónticas que subyacen a los fenómenos sociales. El *habitus* o trasfondo es lo que subtiende las instituciones, con su ejercicio social, por cuanto descubre cómo las personas experimentan la estructura jurídica. De otra forma, persistiría la tendencia a agotar el análisis de las instituciones, en los ámbitos cerrados que el tecnicismo científico provee, no por capricho de las instituciones, sino por el preconcepto que señala al Derecho como una ciencia operada en exclusiva por sus técnicos.

El abandono de este preconcepto permite descubrir las formas como se articulan las prácticas sociales con las instituciones jurídicas y saber qué significación social tienen, hasta dónde la información de los técnicos se apoya en realidades sociales, qué efectos funcionales se producen desde el espacio judicial y cuáles son los límites auténticos del campo jurídico.

Por último, conviene identificar que el concepto de trasfondo o de *habitus* parece coincidir con la categoría luhmaniana de “entorno”, que es la red necesaria en la que descansa la posibilidad estructural del sistema comúnmente identificado como sociedad.

Transvaloración y espacio judicial

En el proceso penal encontramos una estructura dada al ser social de cierta forma y este hace un constructo de ella conforme a la decodificación que opera sobre el proceso penal. El llamado sistema acusatorio, condensado en la Ley 906 de 2004, desplazó al esquema napoleónico de enjuiciamiento de la Ley 600 de 2000, e introdujo en el espacio judicial colombiano un cierto contenido no susceptible de modificación, pero el operador del campo jurídico le imprime un cierto significado para hacer uso del método y del discurso provenientes del juego judicial.

La noesis del proceso penal está dada por la ley. Esa es la parte inmodificable del fenómeno, es decir, lo que no admite ser modulado, el contenido sintáctico de la expresión del fenómeno¹³. A partir de ella se hacen posibles los procesos de asignación de sentido a cada una de las disposiciones que la integran. Por esta misma razón, el esfuerzo inicial de cualquier ejercicio del proceso penal debe iniciar en la reconstrucción histórica de la ley que lo constituyó.

Agotado el aspecto noemático, o sea, tras identificar lo que el Legislador quiso hacer del proceso penal designado acusatorio y adversarial, corresponde revisar el segundo aspecto —el noético—. Este informa la manera como se está haciendo uso de la norma, que es lo que hemos llamado individuación, porque el país se encuentra en pleno estado de apropiación inicial del modelo de enjuiciamiento. La particularidad proviene del hecho de que al involucrar valoraciones y contenidos axiológico-procesales no necesariamente coincidentes con la ortodoxia procesal penal del país se compromete una transvaloración del enjuiciamiento criminal.

Podemos observar este contraste en un ejemplo. Tomemos una acción de la cual la información primordial es el acto de transfigurar el cuerpo de otro con un elemento apto para ingresar más allá de la piel. No tenemos hasta el momento más información que la forma como el acto ha sido dado a la conciencia. Empero, para completarla, por así decirlo, tal información reclama la percepción que la sociedad tiene del mismo o, lo que es igual, que ese acto signifique algo, porque puede ser identificable con una institución del Código Penal, tras agotar el intento

.....
13 Como debe ser advertido por el lector, el concepto de “fenómeno” es utilizado aquí en el sentido de Edmundo Husserl (1996), esto es, todo aquello que se ofrece a la conciencia en dos ámbitos: lo constituido o noético y lo constituyente o noemático.

de identificación o de asignación de sentido. Puede ser un asesinato, un acto de piedad, un error, un accidente, una cura medicinal; en fin, algo debe significarle el perceptor para que lo fije en su conciencia.

En el mismo ejemplo, tenemos un cuerpo humano que ha sido herido. Tal acontecimiento, como hecho bruto, no puede ser socialmente valorado en el espacio judicial si no admite, *ab origine*, al menos dos probables asignaciones de sentido contrapuestas: un delito o un no delito. Desde luego hay otras posibles, como un delito de características específicas frente a una hipótesis que informa un delito de otras características. ¿Cómo lo pensaría un fiscal en el esquema de la Ley 600 de 2000? Se preguntaría si el hecho existió, si existió y es típico y si el autor conocido está exento de causales que excluyan su responsabilidad, fuera de la viabilidad del ejercicio de la acción penal. Se piensa en una sentencia conforme a su entendimiento —es decir, condenatoria— y se tendrá que sustentar la acusación ante el juez, quien decidirá conforme estime que debe condenar o absolver por las razones jurídicas y probatorias que lo asistan. De cualquier forma, si bien la sentencia tiene que ser sustentada, la persuasión del juez depende de sí mismo.

A su turno, el defensor se ocuparía de reclamar al fiscal o al juez, según el instante procesal correspondiente, la práctica de pruebas pertinentes para la defensa de la persona procesada, en busca de que el juez no se persuada de la responsabilidad del procesado.

En términos apropiados al esquema procesal de la Ley 906 de 2004, el fiscal tiene que formularse inquietudes jurídicas semejantes, pero además tiene que ponderar las posibilidades reales de persuadir al juez. Importa menos que el procesado incurriera en una conducta típica respecto a la cual no se encuentra a salvo su responsabilidad y tiene que inquietarse acerca de las posibilidades reales con las que cuenta para inducir el juicio del juez.

Por su parte, el defensor se afecta de similar forma. Si mantiene una defensa afirmativa, indagará por las verdaderas posibilidades que tiene de incidir en el juicio del juez o sobre las condiciones del fiscal para lograr o no su cometido.

Esta visión del proceso es crítica, en consideración a que subyace una tradición secular que tiende a la reafirmación del criterio surgido a propósito del esquema procesal típico de la Ley 600 de 2000. Según este, la construcción social que sucede mediante el proceso se origina en el juez y se despliega hacia las

partes, pero la transvaloración involucrada no se contrae a esta manifestación, pues se proyecta hacia otros aspectos.

El modelo de enjuiciamiento propuesto con la Ley 906 de 2004 implica que los actores judiciales, en particular el fiscal y el defensor, tramiten la construcción social que se propusieron en el espacio judicial. Ese espacio es típicamente comportamental, tan normativo que por razonada, real y verídica que sea su teoría del caso, el desconocimiento del juego judicial da al traste con la pretensión; la construcción social de la realidad ya no se origina en el juez, sino en la sustentación teórico-práctica de las pretensiones enfrentadas, lo cual involucra la cimentación técnico-probatoria de la teoría del caso.

En este momento es indispensable volver sobre la idea de la teoría del caso, aun cuando preferiríamos designarla “propuesta de juicio”, para contribuir a denotar las condiciones de producción de la verdad judicial en el nuevo espacio judicial penal. El hecho del que se ocupa un proceso penal es un elemento necesario dentro del juego judicial que se opera en ese espacio social, pues al ser inmanente al proceso, resultaría asistémico pretender su separación. En cuanto típico, el hecho es necesariamente institucional y portador de estatus, así que tiene dos contenidos: uno de orden sintáctico y otro de naturaleza semántica. Sin embargo, el proceso mismo es el medio por el cual se fija un sentido y se le imprime significación al hecho.

El espacio judicial requiere del hecho bruto para someterlo a su actuación, la cual demanda la existencia de al menos dos propósitos de fijación semántica. En términos procesales, la postulación de las pretensiones o de las propuestas de juicio es el empeño de las partes por institucionalizar un significado para un hecho, es decir, hacer que semánticamente signifiquen algo específico, algo que interesa a su posición estratégica dentro del juego judicial. Podría objetarse que cuando no existe ese enfrentamiento no hay proceso y, ya que en todo caso lo hay, no inquieta mucho, en la medida en que el proceso es un medio social de construcción de sentido. El hecho de que no exista una disputa no significa que el suceso no se preste a la misma, aun cuando los contendientes no se propongan desechar la pretensión de su rival procesal.

Lo anterior implica que hay un reclamo lógico para que exista el proceso, que consiste en que se presente un conflicto o pueda presentarse, siempre y cuando dicho conflicto se haga manifiesto en pretensiones incompatibles. Se dice que este

es un reclamo lógico porque, a falta de confrontación, el juez no estaría llamado a resolver algo; luego, si la sentencia es el mecanismo social de resolución de conflictos judiciales, es preciso que el conflicto exista o pueda existir.

Desde este punto de vista, es necesario que el conflicto pueda plantearse como diálogo procesal, esto es, en términos de una pretensión y una consecuente toma de situación ante la misma. Ello explica por qué el proceso se constituye en el momento en el que surge la acusación, es decir, a partir del instante procesal en el que se extiende una pretensión contestable.

A diferencia de un juego de azar, deportivo o similar, en el juego judicial el conflicto tiene que plantearse como diálogo en sentido platónico; por ello, el proceso es el *summum* de la ritualización de la venganza privada, según lo dijera Lorenz (1998). En tanto diálogo, espeta a las partes para que tomen situación del proceso; no se trata de una simple “toma de posición”, sino de una asunción actuada del juego procesal en el que se involucra hasta fundirse. Él mismo se hace elemento del proceso y sin él no es posible el juego procesal.

Así, el actor judicial que postula pretensiones demanda, como condición del juego, el poder negar al otro mediante la reafirmación de su pretensión así no lo logre; lo que se precisa es que esa posibilidad exista, puesto que si una hipótesis surge sobrepuesta a otra, no habría diálogo procesal.

Entonces, el proceso es viable si las partes disponen del poder de autoafirmarse mediante la negación de la pretensión opuesta. Se insiste en que es una potencialidad que implica libertad dentro de la estructura procesal, puesto que valen también los allanamientos a las pretensiones, las confesiones, los preacuerdos, etcétera.

Si cada parte puede “hacer presa” del proceso, como lo dijera Merleau-Ponty (1985), debe poder hacerlo de alguna forma seleccionada por él, porque si no fuera así, no podría haber diálogo y tampoco proceso. Ese hacer presa del proceso es reglado; la forma como la parte se haga tal dentro del mismo le compete a cada una, pero la forma como ejercerá su rol se encuentra previamente delimitada. Así como el jugador de póker, tiene libertad de escoger su estrategia dentro de ciertas reglas para que su ejercicio resulte legítimo, esto es, institucional. Esa libertad ponderada al actuar es la propuesta de juicio o la consolidación de dicha libertad.

Podríamos proponer una definición filosófica y sostener que la propuesta de juicio es la toma de situación que opera cada una de las partes ante el proceso,

tomado como medio de construcción judicial. Esa construcción social de la realidad no se realiza con independencia del tipo de proceso. Para efectos judiciales, los procesamientos están cargados de un contenido inmanente de significación, que informa a la actuación procesal acerca de la manera como está llamada a constituirse la verdad judicial y sujeta a las partes y a los actores judiciales a unas reglas inherentes al modelo procesal; por ello, la litigación es diferente en uno y otro esquema. Esto desmiente que el objetivo de la justicia sea indiferente a la manera de obtenerla. La verdad es que la justicia forma parte de lo constituyente, por eso no es objeto de descubrimiento, sino de declaración.

Es viable hacer una reconstrucción histórica de la ley que introdujo en Colombia el sistema acusatorio mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004. Tal modificación implicó el abandono inusitado de la tradición del tipo de procedimiento napoleónico que había venido modulando la administración de justicia penal. Cuando se introdujo, se invocó la disfuncionalidad del sistema mixto, ya que en términos de impunidad, duración de los procesos y calidad de las decisiones judiciales, se estaba bastante lejos de realizar los principios de la administración de justicia y más lejos aún de los valores del Estado colombiano.

Se ha criticado que la reforma fue inopinada, en tanto no se dispuso de los estudios sociojurídicos necesarios que dieran una base a los legisladores para concebir un tipo de proceso que superara dicha disfunción. De hecho, se achacó al proceso de la Ley 600 de 2000 ser la causa del caos de la justicia penal en el país. Lo cierto es que en las condiciones en que se hizo la reforma se ignoraba por completo —como se sigue ignorando— qué fue lo que falló en ese modelo de enjuiciamiento, sin que pueda establecerse si la disfunción provino de las prácticas judiciales desatadas, si fue de los operadores judiciales, si el esquema procesal era incompatible con las prácticas sociales con las que se articula o si la ley estaba mal estructurada; en fin, se propuso que el modelo de enjuiciamiento acusatorio y adversarial constituía una solución a un problema sin diagnóstico. Entonces, concluir que el llamado sistema acusatorio está a la orden de las soluciones de la justicia penal colombiana es algo tan aleatorio como caprichoso sería negarlo, puesto que no se dispone de los estudios diagnósticos suficientes¹⁴.

14 Hace pocos años se conoció un estudio de DeJusticia en el que se señala que la impunidad en Colombia se ha incrementado con el advenimiento del nuevo esquema procesal.

Por lo demás, se asiste a la implementación de una forma de enjuiciamiento a la que se le encargó la misión autónoma de redimir la administración de justicia y, lo que parece ser mucho más grave, sin advertir si el país se encontraba en condiciones de asumirlo, en términos de preparación de sus abogados y de receptividad de las demandas culturales involucradas.

Luego, en términos de transvaloración, resulta determinante identificar el contraste cultural comprometido, para determinar el ser noético del proceso penal y cómo se evidencia el estado de individuación del modelo acusatorio y adversarial.

Introducción

Una de las inquietudes que más constantemente asaltan al investigador es determinar las guías de análisis que aplicará una vez elegido el objeto de estudio. Si bien la ley, la jurisprudencia y la doctrina, como recomendaba Robert Alexy, son sumamente importantes en el momento de operar los estudios, no parecen suficientes en cuanto suelen ser el mismo objeto de estudio.

Se suele descartar esta inquietud mediante la generación de métodos de obtención y procesamiento de la información, importantes y trascendentes para el buen desarrollo de los procesos investigativos, pero deficientes, si se trata de establecer la forma de generar conocimiento a partir del estudio de las instituciones jurídicas.

Tras determinar el objeto, es indispensable que el analista sepa qué hacer con la información y, para ello, lo único que le muestra alternativas reales son las categorías y los fundamentos epistémicos con base en los cuales sabrá conducirse hacia el objetivo de producir una nueva criatura, fruto de una cierta aproximación al objeto de conocimiento.

La investigación en Derecho ha sido defectuosa (Moya, 2010). De hecho, el país apenas se estrena en la tendencia a investigar jurídicamente y tal vez esto explique los déficits y la actitud poco determinada hacia la estandarización de procesos permanentes de indagación. Si el cuadro es así, se torna más lamentable

en cuanto se verifica el estado de la investigación del Derecho, la cual exige al estudioso salir de su óptica profesional habitual para instalarse en saberes que reclaman esfuerzos y astucias mayores.

El propósito de esta investigación es generar una nueva categoría de análisis, que permita al investigador asumir el estudio crítico de las instituciones jurídicas. A esa categoría la designamos negación.

En primer lugar, se explica que el Derecho tiene por objeto social cierto tipo de relación entre personas; el segundo aparte, titulado “La autorreferencialidad del Derecho”, responde a una inquietud esencial consistente en determinar si el Derecho asume relaciones ya constituidas o si, por el contrario, las constituye.

Como expresión indispensable del contexto en el que se desarrolla la categoría, en la tercera sección se abordan los aspectos asociados con los límites de extensionalidad del Derecho así como su intensionalidad. Como se verá, se parte del Derecho asumido en la fenomenología social como hecho institucional, en oposición a los hechos brutos. Así que cuanto tiene que ver con la capacidad comunicativa es un tema indispensable que reclama estos dos temas adicionales.

Enseguida se toma uno de los asuntos más críticos de las instituciones sociales en general y del Derecho en particular, esto es, cómo contribuye el Derecho a la definición social de las personas, cómo se constituyen sus roles y cómo operan por medio del mismo. Llegados a este punto, se habrán ofrecido suficientes elementos de análisis sobre la negación que, por método, se contrasta desde el inicio con su contrario: la afirmación.

A manera de conclusión, se indica la forma de aplicar la categoría en desarrollo de procesos investigativos que tengan por objeto las instituciones jurídicas.

El Derecho y las relaciones: aspecto diferencial de su objeto crítico

Como ninguna otra institución, el Derecho revela en su *eidós* la necesidad de posarse en una interrelación social. Es así porque compromete la vida de relación y su objeto es la regulación de esos vínculos, no necesariamente conflictuales (Grossi, 1996). Por esto, el Derecho Civil informa la manera como unas personas pueden entrar en relación con otras por sus personalidades, sus actividades o por las cosas; el Derecho Penal se ocupa de otro tipo de vínculo en el que se desatan unas consecuencias específicas en razón de una forma de afectación antijurídica;

el Derecho Administrativo descubre los efectos de una determinada relación con personas públicas; el Derecho Laboral se refiere al nexo entre trabajadores y patronos.

No se desconoce que puede haber otro tipo de relaciones individuales, por ejemplo, los derechos personalísimos; sin embargo, tales derechos solo se activan cuando se actualiza algún vínculo concreto o abstracto que demande su reconocimiento o protección. Luego, Derecho es sinónimo de interrelación.

Con el objeto de acentuar este aspecto diferencial, pueden tomarse algunos ejemplos que evidencian la particularidad manifiesta. Así, las Ciencias de la Salud como la Medicina se ocupan de los estándares del comportamiento regular de los órganos. Es cierto que especificidades como la Inmunología asumen aspectos sociales de la salud, pero eso no desmiente que tradicionalmente la Medicina se ocupa de la salud individual.

La Arquitectura, que se dedica al diseño y a la construcción de estructuras en donde se ejecutan actividades, atiende conexiones de los individuos con los espacios y, aunque considera que las dimensiones posibilitan relaciones, no son estas su objeto de intervención.

La Psicología y la Psiquiatría se fundamentan en la salud mental de las personas; pueden operar su objeto científico en las relaciones de los individuos consigo mismos y toman las interrelaciones como manifestación semiótica del estado de salud individual, pero no lo contrario, es decir, su objeto esencial sigue prescindiendo de las interrelaciones.

A diferencia de las anteriores, el Derecho perdería sentido en cuanto se intentara concebirlo como ciencia o arte que se ocupa del acontecer individual de las personas, pues siempre descubrirá en su esencia los vínculos de una persona con otra u otras, no como aspecto eventual o indirecto, sino como condición misma de su objeto.

Esta condición puede explicarse a partir de la tradicional distinción entre Derecho y moral. Esta atiende las regulaciones que quiera darse el individuo a sí mismo dentro de una perspectiva que considera a los demás, pero parte y regresa al sí mismo, mientras el Derecho se sobrepone a la voluntad de los individuos y los liga con los otros.

En este instante, conviene formular una inquietud: ¿El Derecho se ocupa de las relaciones entre personas o, por el contrario, el Derecho es en sí mismo una

relación entre personas? O lo que es igual: consideradas las relaciones de las que se ocupa el Derecho, ¿forma parte de lo constituyente o de lo constituido? En el siguiente aparte se procura una respuesta a esta inquietud.

La autorreferencialidad del Derecho

Responder la anterior inquietud no es sencillo e incluso sugiere un paradigma similar —respecto a la forma y a su aparente inutilidad— al que se descubre en la duda de lo que debe ser primero: el huevo o la gallina. El Derecho parece suponer la existencia de vínculos entre las personas, sean actuales o potenciales, pero genera relaciones operadas a partir del mismo. Por ejemplo, si una parte especializada del Derecho está dirigida a determinar la desenvolvura de una relación llamada contrato, lo hace porque las personas celebran convenios; sin embargo, el contenido y la forma de estos obedecerán a la regulación que se indica en el cuerpo normativo.

Al igual que el dilema del huevo y la gallina se solventa a partir de la verificación de la hipótesis de la gallina, una verificación de la naturaleza fenoménica del Derecho puede contribuir a concretar una respuesta adecuada a la duda formulada.

En primer lugar, en la fenomenología social, el Derecho es de carácter comunicativo, es decir, es simbólico en tanto se erige sobre un sistema de representaciones que provee a las personas de lenguaje y métodos apropiados para la estructuración de sus relaciones.

Según el ejemplo propuesto, cuando decimos contrato o convención, se está representando con un símbolo el hecho de una relación en la que las partes generaron una fuente de obligaciones; de acuerdo con el tipo de obligaciones, veremos el tipo de contrato del que se trata: /comodato/, /arrendamiento/, /mutuo/, etcétera.

Cuando hemos determinado las obligaciones desatadas, especificamos el contrato y, una vez nominado, surge como representativo de un cierto tipo de relación. Si una parte prestó dinero a la otra y esta debe devolver la misma suma, nos valdremos de la figura del mutuo para representar lo que ocurrió entre ellas. Surgen anejos otros símbolos como el deudor y acreedor, obligación, responsabilidad, etcétera.

Para agregar ejemplos, si lo acontecido fue un acto físico que ocasionó un daño en el cuerpo de una persona, podremos generar la representación mediante la figura del delito de lesiones personales y, con ella, la de sujeto agente, sujeto pasivo, víctima. Si entre las partes hubo un compromiso para una de sujetarse a las instrucciones de la otra a cambio de un estipendio, la situación real mediante la figura del contrato de trabajo y, con este, los de trabajador, patrono y salario.

La relación operada mediante el Derecho es de contenido y función comunicativa, porque abre la posibilidad de un medio comunicativo. Dicho medio informa tanto a las partes como a los terceros acerca de qué se trata, es decir, qué fue lo que hicieron, pero no es el acto en sí; lo representa de la misma forma como una palabra representa un hecho o una situación, pero no es la situación o el hecho mismo. Cuando afirmamos la existencia de un delito de homicidio, nos estamos valiendo de un *representamen*, mas no del hecho mismo de la muerte de la víctima; la afirmación “homicidio” representa o, lo que es igual, permite hacer presente en la conciencia el suceso de la muerte de alguien en determinadas características o circunstancias.

Cualquier categoría jurídica cumple esa función; incluso, la misma categoría de “persona” es una representación de la existencia de un sujeto de derechos y obligaciones, pero no es él en sí mismo. Desde luego, terminamos por acostumbrarnos tanto al juego de las representaciones, que experimentamos la sensación de encontrarnos frente al fenómeno al usar la representación, mas ello no es otra cosa que el efecto natural de la creación social de la realidad.

Llegados a este punto, podemos sugerir una característica adicional del Derecho, al observar que en una división tradicional de hechos brutos y hechos institucionales, el Derecho forma parte de los últimos. Searle (1997) dividió los hechos en brutos e institucionales. Los brutos se presentan a la conciencia sin procedimientos preliminares de asignación de sentido social, así como un árbol o una montaña, a no ser que, en tanto árbol o montaña, se le haya asignado una función significativa concreta. Los hechos institucionales, por el contrario, están sujetos a una asignación de sentido socialmente compartido. El ejemplo del autor en cita es el dinero: es institucional por lo que representa, por el símbolo de valor de cambio incorporado mediante un proceso social de asignación de significación, aspecto del cual depende su existencia o, al menos, su funcionalidad.

Los hechos institucionales, para serlo y por serlo, cumplen la función que describió mediante la regla “X vale como Y en C”, donde X es el hecho institucional, Y es lo que es representado mediante X y C es el contexto social de representación (Searle, 1997).

Una categoría jurídica opera conforme a esa regla. Por ejemplo, al tomar la mayoría de edad, se está operando la representación de una persona que ha alcanzado la plena capacidad jurídica y que no precisa ser representada para que sus actos lícitos tengan validez y carácter vinculante. En rigor, la institución jurídica está representando la capacidad de una persona natural, pero no es la persona natural en sí.

Pueden formularse cuantos ejemplos se quiera; tantos como instituciones jurídicas existen. Otra similar es la de “delincuente”; con frecuencia se piensa que es quien incurre en comportamientos penalmente reprobados, pero antes que representar a quien ha cometido un delito, es alguien a quien ha sido atribuido —por medio de un proceso penal— la comisión del mismo, independientemente de que el condenado lo hubiera hecho o no. “Delito” es otra categoría que representa un suceso penalmente reprobado.

Como toda institución, el Derecho se fundamenta en hechos brutos, por ejemplo, en la generación de seres humanos; en la ocurrencia de algunos vínculos, situaciones o sucesos que dan base a la paternidad y con ella al surgimiento de obligaciones y derechos; la promesa de vender un objeto enajenable fundamenta el contrato de promesa de venta; la producción de un daño opera a partir de la obligación; la producción de frutos genera la propiedad por accesión. Se advierte que una serie de hechos inicialmente asignificativos se convierte en una institución cuando, mediante la producción del Derecho o de las instituciones jurídicas, se les asigna un efecto, una significación que se comparte socialmente. En todo caso, a cada hecho institucional subyace la existencia de un sinnúmero de hechos brutos. El hecho institucional de la sentencia, por ejemplo, se basa en la obtención de hechos brutos que solemos designar como documento, testimonio, confesión, etcétera.

Por otra parte, quizás la condición más extravagante de los hechos institucionales consiste en que su operatividad significativa se funda en la creencia de ser lo que representa. En el ejemplo de Searle (1997), la única forma en que una tira de papel con determinadas características impresas represente un billete es que

la sociedad que lo usa crea que es un billete de alguna nominación. Con las categorías jurídicas se advierte la misma función. Cuando dos personas cumplen un ritual determinado, se dice que adquirieron nupcias y se precisa que el entorno social, al menos el inmediato, crea que están casados; de ahí el consabido acto social que rodea al matrimonio, cuya función es desatar la creencia de que esas dos personas han adquirido justas nupcias.

Si el Estado constituyera un nuevo comportamiento delictivo, del cual nadie creyera que lo es, sería muy improbable que operara como tal. Incluso, la escuela histórica del Derecho formuló que los legisladores toman creencias jurídicas preestablecidas de la comunidad y las convierten en norma. Lo cierto es que no existe la probabilidad de una institución jurídica sin que la sociedad crea que es lo que representa.

Sobre esta base, Bastida (2000) desarrolló un estudio titulado *El Derecho como creencia*, en el que acredita la improbabilidad de una institución jurídica ajena a la creencia social de ser lo que intenta representar.

Otra cualidad de las instituciones es su carácter autorreferencial. En efecto, una institución se opera en el acto mismo de su ejecución o pronunciamiento. Acaso sea muy ilustrativo el ejemplo de la sentencia, la cual no existe sino a partir del acto de su pronunciamiento y ser definida como el acto procesal que desata, de fondo o de mérito, el conflicto puesto en consideración del juzgador. Sin embargo, para que pueda existir una sentencia, es preciso que sea pronunciada en los términos formales que el sistema normativo reclama; sin haber sido pronunciada, así se vencieran los términos procesales que condicionan su generación, es necesario que el juez la manifieste en observancia de las formalidades que atienden su producción (Moya, 2010).

La institución de las obligaciones, como el hecho de estar sujeto a la satisfacción de los intereses de otra parte designada acreedor, surge en el acto o la serie de actos que hacen posible la exigibilidad. Es cierto que en este caso, a diferencia de la sentencia, no se requiere la formalidad de la intervención de un juez, sino que la posibilidad de obtener el pago puede surgir si el deudor opta por pagar o si el acreedor declara la mora del deudor.

La responsabilidad civil, penal, laboral o administrativa solo aparece con el acto de ser declarada en una sentencia de mérito, de la misma forma como un

delincuente o un delito surge en el acto mismo en el que se pronuncia la sentencia que así lo declara (Moya, 2007).

Desde esta perspectiva, el Derecho es autorreferente o, como dijera Luhmann (2000; 2005; 2007), es autopoietico. Con todos los riesgos de comparar y asimilar las conclusiones de varios autores, máxime cuando han trabajado con completa independencia, podemos postular que la cualidad autorreferente de las instituciones y la autopoiesis, coinciden en sus aspectos esenciales. Entendida la autopoiesis como la capacidad de un sistema para autogenerarse, podemos hallar que el sistema normativo se autoproduce en el acto mismo de ejecutar sus métodos, que es tanto como afirmar: en el acto mismo de hacer sus representaciones.

No se trata nada más que de atender a la capacidad de autogeneración, como por ejemplo, la producción de instituciones reguladas por el propio sistema, lo cual incluye el poder de reformarlo radicalmente, sino que el Derecho diseña las formas de las que se vale para hacer que sus instituciones obren las transformaciones sociales que se propone. La institución de las obligaciones, por citar un caso, carecería de todo sentido si no se diseñara un método de realización de la responsabilidad de las partes *ob ligatus* (Moya, 2010b).

Si lo anterior es cierto, como creemos que lo es, las relaciones jurídicas forman parte de lo constituyente y no de lo constituido, es decir, crean vínculos tomando de la realidad lo que de ellas requiere.

La intencionalidad y la intensionalidad jurídicas

Tras postular que el Derecho es una institución y, como tal, creación social de la realidad, surge el compromiso de verificar la condición comunicativa que lo acompaña en su alcance comunicativo en sí.

Cuando señalamos actos comunicativos, indicamos que existe una base sintáctica y semántica, esto es, un componente de base material, capaz de formular los enunciados y una capacidad de transmisión significativa. No nos detendremos en el primer aspecto, en tanto el Derecho utiliza el lenguaje y las estructuras gramaticales de la lengua en la que se manifiesta y se emplea metodológicamente sus instituciones.

La capacidad comunicativa involucra la intención con la que es empleada la expresión y el alcance o la intensión con los que ese mismo acto se ejecuta. El

primer aspecto se asocia con la fijación de un objeto en la conciencia. Cuando utilizamos la palabra “madre”, queremos dirigir nuestra manifestación hacia un ser de género femenino que ha cumplido un proceso de gestación y alumbramiento de una criatura.

En el campo intensional, determinamos el universo significativo que nos proponemos envolver con nuestra expresión. Con la palabra “madre” podemos comprender la totalidad de seres femeninos que han dado a luz, pero el empleo concreto de la expresión solo quiere cubrir a la madre de quien está pronunciando la palabra. Hay un límite de extensionalidad en el uso de las palabras que indica hasta dónde nos proponemos llegar con nuestras expresiones, las cuales suelen ser más amplias en su capacidad comprensiva de lo que el locutor se propone intencionalmente (Moya, 2015).

Con el Derecho pasa igual. Al ser expresión, sus sememas son elementos de las construcciones comunicativas que tienen la cualidad de comprender un universo de situaciones, pero el locutor los emplea conforme a un contexto. Cuando utilizamos la expresión “contrato” en desarrollo de una clase de contratos, intensionalmente queremos cubrirlos todos, mas cuando el juez se refiere al contrato objeto del litigio, con la misma expresión no quiere sino considerar ese específico.

La generación de las instituciones jurídicas participa claramente de dicha condición. Solemos referir al respecto el delito de amenazas, creado en Colombia mediante el Decreto 180 de 1988, el cual indicaba que quien amenazara a otro sería sancionado penalmente. Sin embargo, la Corte Suprema observó que, pese a la omnicomprensión de la expresión de todas las situaciones en que se verificara un acto de tal naturaleza, el Legislador solo quiso comprender las amenazas con fines terroristas; era esa su intensión al generar la institución (Moya, 2007).

Otro ejemplo ilustrativo corresponde al delito de homicidio. El tipo penal expresa que quien mate a otro será sancionado conforme allí se indica. Si bien tal expresión consideraría todas las formas de dar muerte —las lentas y las rápidas, las típicas y las atípicas, las violentas y las no violentas—, sin mayores esfuerzos pensamos en las formas violentas de dar muerte para conjeturar casos de homicidio, porque esa habría sido la intensión legislativa.

Al repasar cualquier institución jurídica, se advertirá que es susceptible del mismo tipo de análisis, lo que lleva a declarar que el Derecho involucra un empleo intencional e intensional de sus manifestaciones.

Acerca de la función de definición que cumple el Derecho

Afirmamos que las instituciones —y el Derecho, como una de ellas— cumplen una función comunicativa y, en tanto tal, son un medio de generación social de la realidad. Muchas de las instituciones conocidas cumplen una función en el contexto en el que son empleadas, pues proveen condiciones de definición social de los individuos.

Para explicarlo, observamos que, en desarrollo de la función comunicativa, resultan autorreferentes en la determinación de los individuos. Pero ¿qué quiere decir que hay definición social de los individuos?

Recordemos que otra de las cualidades de algunas instituciones es la capacidad de generar estatus. El estatus es un condicionante que permite identificar el rol que un individuo cumple en su sociedad. De hecho, los roles mismos son instituciones sociales que, como ninguna otra, permiten esa definición. Así, cuando catalogamos socialmente a un individuo como estudiante, hacemos referencias aptas para proponer las expectativas de estatus que generaremos en torno a él, al igual que el lenguaje que emplearíamos para referirnos a él y las expectativas de rol que él, en tanto estudiante, puede tener respecto a nosotros. Al cabo, lo que hacemos es definirlo para nosotros y los demás, como también para definirnos a nosotros mismos frente a él. Por ello, cuando establecemos que X es estudiante de Medicina, podríamos formularle cierto tipo de preguntas, pero no podemos tomar decisiones que lo comprometan, puesto que no está socialmente catalogado para hacer algunas elecciones.

Si encontramos que Tomás es sacerdote, eso nos permite proponerle temas de conversación o exponerle inquietudes propias de su resorte o informarnos acerca de su vida monacal, lo que nos faculta para definirlo socialmente como sacerdote. Si Tomás es sacerdote y Mario médico, tenemos dos definiciones sociales que proveen los medios para identificarlos y ubicarlos respecto a nosotros.

Los estatus o roles sociales se sujetan a normas, son reglados y el conocimiento compartido de esas reglas propicia que unos se fijen ciertas expectativas frente a otros. No tenemos las mismas expectativas frente al sacerdote que frente al médico; sabemos para qué se formó cada uno y no es dable pedir u ofrecer lo mismo al uno y al otro. Desde luego, socialmente disponemos de un conocimiento

básico que nos posibilite hacer las distinciones y verificar cuán distante o próximo estamos del interlocutor.

Fue Pierre Bourdieu (Teubner y Bourdieu, 2000) quien habló de campos, para significar que existen espacios sociales caracterizados por la profesionalización de sus miembros mediante la adquisición de un discurso especializado y el empleo de métodos concretos, amén de un capital simbólico que circula dentro del campo y otorga estatus a sus integrantes. Esto se concreta en un proceso de exclusión, puesto que quienes carecen de esas cualidades se hallan fuera del campo. Al saber de dichos campos, sabemos a cuál o cuáles pertenecemos y de cuál o cuáles nos excluimos. El abogado forma parte del campo jurídico y está excluido del campo de la Medicina, por ejemplo.

La teoría de los campos no fue pensada para considerar todas las instituciones sociales; de hecho, las hay sin ser campo, como pasa con la familia, pero eso sí, todo campo es una institución. Sin embargo, dicha teoría describe acertadamente el acontecer que destaca la forma como se operan las definiciones de los individuos. En tanto individuos, podemos afirmar la existencia de hombres y mujeres de ciertas edades, pero nadie se distingue como hombre o mujer, aun cuando se es lo uno o lo otro; podría considerarse que por obvio no se acude a ello, mas ¿por qué se experimenta la acuciosa necesidad de autodefinirnos o definir a las demás personas? Al conocer a alguien, experimentamos la necesidad de saber qué hace, en qué trabaja o a qué se dedica y, de la misma forma, precisamos definirnos ante los demás, así como requerimos definir a ciertas personas ante otras, por ejemplo, una hija querrá definir a su pareja ante sus padres, para que sepan quién es.

Esa misma necesidad la sentimos acerca de nosotros mismos: somos médicos, somos arquitectos, somos psicólogos, somos sacerdotes, somos amas de casa, somos casados, somos solteros; en fin, es el reclamo social de saber qué pueden esperar de nosotros y qué podemos esperar de los otros. La determinación e individualización de los estatus, por ser marcadamente comportamentales, conllevan poder saber qué es ser lo uno o lo otro, así no se participe de un conocimiento estructurado. Es por ello que no se requiere saber mucho de Odontología para saber cuál sería el propósito de acudir con un odontólogo, que no sería el mismo de ir con un comunicador social, un retórico o un maestro.

La definición del estatus posibilita catalogaciones más específicas como “un buen médico” o “un mal médico”, “un abogado distinguido” o “un abogado

próspero”. Si alguien fuera definido mediante un estatus ignorado, produciría perplejidad ante la imposibilidad de poder operar una definición por el medio que debía serlo. Por ejemplo, si alguien se define como intérprete de suspiros, el desconcierto se vería manifestado en risa o en molestia por no ser susceptible de informar algo respecto a quien se autodefine como tal.

En el acto de operar estatus, las instituciones facilitan definir a las personas, lo cual es una necesidad social. Si el Derecho es una institución, debemos considerar que contribuye a generar definiciones e inquieta de inmediato establecer de qué tipo.

Conforme lo hemos asegurado, el Derecho en tanto institución es autorreferente y construye realidad, por ejemplo, al crear socialmente al delincuente o al responsable mediante una sentencia. Dentro del campo jurídico también se operan las condiciones para que surjan otras como el patrono y el trabajador, padre supuesto o consanguíneo (Teubner y Bourdieu, 2000).

Por medio de las instituciones jurídicas procuramos definiciones, como la de acreedor o deudor. Esta noción nos permite correlacionarnos con otros, es decir, procuramos una determinación de lo que somos o podemos ser ante otras personas y estas con nosotros. Es probable que adquiera algunas definiciones o caracterizaciones ajenas a mi voluntad, quizás X no quiera ser padre, sin embargo, dadas las condiciones jurídicas pertinentes, lo es independientemente de su propósito. Tal vez no quiera ser declarado e, incluso, procure los recursos a mi alcance para evitarlo y no logre, aun así lo seré. Incluso, es probable que la definición que provea el Derecho, por ejemplo, la de delincuente, quiera el ser definido ocultarla o hacer un uso estratégico, aún entonces, la conserva y al menos respecto del Estado es operativa.

Al margen de que concurse o no la voluntad, la institución jurídica nos define socialmente frente a muchas o pocas personas y genera determinaciones con alcances y efectos divergentes. Así, la definición mediante el estatus jurídico de casado tiene efectos ante la esposa muy distintos a los que operan respecto a la familia de la pareja o frente a los amigos.

Como cualquier otra definición social, la que provee la institución jurídica otorga estatus, que bien puede ser negativo o positivo y, a partir de él, se abren expectativas de lo que se puede exigir o esperar de alguien. Frente al deudor, alguien adquirió la expectativa de pago y, si avanza hacia una definición más

concreta como “deudor moroso”, se crea la expectativa de no cumplir las obligaciones. De la misma forma, ante la definición de “padres”, surge la expectativa social de comportamiento adecuado como tales.

Es evidente que la definición no es en sí misma una relación, pero sí un elemento semántico indispensable de la misma. El Derecho permite establecer las expectativas que cada quien puede generar frente a otras personas en concreto, lo cual resulta ser un presupuesto que posibilita que esas mismas personas se relacionen de conformidad con las reglas que se ocupan de la condición específica. Como se ha venido afirmando, todas las definiciones se sustentan en columnas normativas (Bourdieu, 2000).

Esta misma condición informa a las instituciones jurídicas de dinámicas de vida y hace que se conviertan en una realidad social; así pues, resulta improbable pensar una sociedad sin Derecho. De esta forma, el Derecho se incardina en las profundidades de la configuración del sentido social y se fundamenta en las creencias que comparte una sociedad. Ello ocasiona que, al introducir repentinamente instituciones jurídicas novedosas y, más aún, contrarias a la tradición, surjan resistencias similares a las que puede haber en la recepción de desconocidos o de instituciones culturales extranjeras.

La institución jurídica provee a la configuración de la realidad social, posando su objeto en la generación de cierto tipo de relación, para lo cual opera a partir de las definiciones sociales que provee mediante las reglas que se encargan de ellas. En consecuencia, el Derecho es un método de afirmación de los individuos con el cual estos se hacen presentes en la conciencia de los demás —incluso, en la suya— mediante las definiciones.

A partir de este aserto se verifica el objeto más concreto del presente ensayo, en busca de generar un presupuesto de análisis desde la desviación fundamental del Derecho, esto es, mediante la negación de los individuos vinculados a la relación que se constituye por medio de la institución jurídica. Al generar el anterior saber, es posible dar el paso definitivo hacia el objeto de estudio (Moya, 2010).

La afirmación y la negación de los individuos por medio de las instituciones jurídicas

Las instituciones jurídicas dan a los individuos posibilidades de definición específicas adicionales a las que informan otro tipo de construcciones sociales o instituciones. Desde esta perspectiva, es importante resaltar que el Derecho, en tanto constituye relaciones entre personas, se erige como medio de comunicación y, por tanto, de significación, razón suficiente para concluir que es una forma de realización para el individuo.

En los múltiples procesos sociales de aproximación en los que un individuo pretende una definición jurídica, por ejemplo la de acreedor, se hace uso estratégico de las formas jurídicas para adquirir las condiciones que le permitirían serlo efectivamente. Cuando decimos “formas jurídicas”, informamos que las estructuras del Derecho proveen una base de generación sobre la cual los individuos o las personas pueden tomar posición para ingresar al juego jurídico y participar de sus reglas.

Estrictamente, el Derecho es una oferta de posibilidades, esto es, una galería de definiciones que pueden adquirirse o no, si bien algunas llegan a imponerse más allá de la voluntad de las personas o, dadas ciertas condiciones, con la liberalidad disminuida. Al verificar las opciones ofrecidas por el Derecho, las personas hallarán en él un número importante de determinaciones sociales; se acentúa que son sociales puesto que, en ámbitos individuales, parecen desvanecerse en su más alto grado de operatividad, o sea, en el de creación social de la realidad.

Si el Derecho es una oferta de opciones de definición social, se dirige hacia los individuos asumidos como tales y en su propósito particular. Se precia de ser un método de realización en tanto facilita llegar a ser aquello que se puede. Así, quien tiene el propósito de tener un trabajador a su cargo y toma el contrato de trabajo, adquiere la definición jurídica de empleador, siempre que cumpla los requisitos que le demanda el Derecho del Trabajo. Quien dé muerte a otra persona, con o sin voluntad, adquiere el estatus de sujeto agente del delito de homicidio. Alguien más puede tener el de víctima, sujeto pasivo del delito, acreedor, deudor o agente oficioso; en fin, cuanta definición el Derecho pueda proveer. En tales condiciones, el sistema normativo se ofrece al individuo como una forma de realización de su individualidad o de autoafirmación de su ser en el entorno social.

Sin embargo, surgen dos variables. Por un lado, están las situaciones en las que el Derecho amplía o actualiza una opción que promueve en el individuo mayor capacidad de actuar, como cuando este adquiere la condición de acreedor, puesto que está otorgando o actualizando el poder exigir algo a otro de forma lícita. Por otro lado, hay opciones que se orientan a todo lo contrario, como cuando se otorga la condición de deudor, prisionero o, en fin, cualquier situación que atenúa la libertad de la persona, en tanto la convierte en sujeto pasivo al que puede exigirse un comportamiento o sujetarse a la voluntad de otro dentro de los márgenes permitidos.

Unas y otras confieren definición social, determinan la condición de la persona y la concretan en una circunstancia precisa. Desde este punto de vista, ambas afirman al individuo y hacen más claros los matices de su contorno social. Mientras unas tienden a afirmarlo, otras apuntan a negarlo sobre la base de la libertad que corresponde al individuo. Tal fenómeno es evidente en las prácticas penales que se ofician respecto a menores: pese a que las normas tienen la vocación original de propiciar su afirmación, lo que se logra es todo lo contrario (Moya y Bernal, 2015).

Las instituciones jurídicas son, por consiguiente, uno de los medios sociales de afirmación y negación que se ofrecen a los individuos. La verdad, son apenas uno, quizás de los más importantes, puesto que otras instituciones sociales contribuyen al mismo fin, por ejemplo, algunas construcciones culturales sirven, por un lado, para afirmar a las personas como cultas, mientras a otras les niega tal condición o las define como incultas y les impide cierto tipo de accesos.

Antes de abordar los pormenores, cabe aclarar que no estamos refiriendo hipótesis de exclusión a la manera de Bourdieu (Teubner y Bourdieu, 2000), aunque los ejemplos propuestos puedan sugerirlo. Los campos se caracterizan porque, en la medida en que se profesionalizan sus integrantes, quienes carecen de tal calificativo quedan excluidos. Al efecto, los mismos campos ponen como condición pruebas, cursos o la producción de resultados; en fin, medios de control que, a modo de cedazo, permiten que unos ingresen y otros no. El campo o la pertenencia a él procura una definición social que distingue a sus integrantes de todos los demás; estos últimos son excluidos del tráfico del capital simbólico que circula en el interior, hasta que colmen las condiciones que el campo mismo reclama.

Dicha exclusión es una forma de negación social, pero no del tipo que opera mediante las instituciones jurídicas —al menos, la que queremos proponer a la conciencia del analista— y a partir de tal distinción daremos el paso a una matización más precisa de la idea que se está desarrollando.

De la afirmación propiamente dicha

Como dijimos, la institución jurídica afirma a la persona cuando promueve la realización de su individualidad, es decir, cuando la faculta para expresarse como lo que ha decidido ser.

Podríamos considerar que la vocación natural del Derecho es esa: realizar a los individuos. Cuando alguno es negado, se entiende que tal negación solo puede justificarse por ser el medio de realización de alguien más. Las instituciones como las obligaciones, acaso de las más elaboradas hasta el momento, dotan a las personas de las condiciones que les permiten hacer intercambios de bienes y servicios de modo que, en el evento de hallarse cualquiera de los dos extremos subjetivos en situación de insatisfacción, opere la institución de la responsabilidad y, en consecuencia, la parte acreedora pueda actualizar contra la parte deudora su derecho a ser satisfecho en sus pretensiones. Para ello, el Derecho remite a otra de sus instituciones: la del proceso.

Una forma de realización de la individualidad se manifiesta cuando se acude a una institución para ingresar a otra. Searle (1997) refirió que la actividad para la cual fueron diseñados los hechos institucionales no se agota en ella misma, sino que se articula con otros hechos institucionales para configurar una red en la que se sustenta o se hace manifiesta la realidad social. Así, por ejemplo, el dinero permite acceder a las acciones de una empresa y estas a otras instituciones como la escuela primaria y secundaria, que a su vez permitirá el acceso a otra como la universidad y de vuelta a otras como un ministerio o las empresas privadas.

El Derecho evidencia la misma característica, puesto que con frecuencia las personas hacen uso de las instituciones jurídicas para articular su actividad con otras instituciones sociales. Es recurrente que se acuda a la institución jurídica del proceso —el penal, por ejemplo— para acceder a otra institución social como el dinero, que facilitará el ejercicio de otras instituciones.

Que la vocación del Derecho sea la de revitalizar a los individuos afirmándolos socialmente se expresa en otra cualidad de las instituciones. Cuando se genera una institución, se procura constituir un medio de creación social de la realidad, el cual se ofrece a las personas para que actualicen sus servicios en el caso de acceder a ellos.

Pensar un hecho institucional inapropiado para que las personas se sirvan de él es inconcebible. Así, el hecho institucional aparece sustentado en el supuesto de la capacidad que tienen los destinatarios específicos o indeterminados para emplear sus medios. Cuando nos dirigimos a otra persona para darle una orden, tenemos que asumir que está en condiciones de entender que se trata de una orden y que puede comprenderla y cumplirla; de igual manera, al ofrecerse una institución, se asume que aquellos convocados actual y virtualmente a hacer uso de ella se hallan en capacidad de crear o hacer presente en la conciencia la realidad social que se genera con la institución misma.

Pensar lo contrario, esto es, que el hecho institucional surge sin contar con la capacidad de las personas para hacer uso de él, es absurdo; sería su propia negación y, si surgiera, tendría que capacitarse a las personas, lo cual descansa en la confianza de que las personas pueden ser preparadas en favor del uso de la institución. Incluso, cuando surgen instituciones como los delitos, lo que se percibe es un comportamiento que las personas serían capaces de realizar en las condiciones precisas.

A esta capacidad es a la que Searle (1997) llamó trasfondo, Bourdieu (Teubner y Bourdieu, 2000), *habitus* y Luhmann (2000; 2005; 2007), entorno. Podemos afirmar que existe un trasfondo, *habitus* o entorno jurídico al que en otra parte llamamos “instinto de juridicidad”. Este sustenta las instituciones jurídicas e informa las capacidades humanas asumidas como reales para la ejecución de la institución. Ese trasfondo es lo que propicia instituciones cuyo ejercicio se dirige o involucra a personas legas del Derecho, excluidas del campo jurídico, pero destinatarias primarias de su ejecución. Recalcamos que no es igual el concepto de exclusión que el de negación aquí aplicado.

Desde luego, algunas instituciones exigen que el beneficiario, es decir, su usuario, requiera de los servicios profesionales que lo guíen hacia el objeto concreto que estas permiten, pero igual se cuenta con su capacidad de saber cuándo necesita la orientación. De la misma forma, opera la confianza en que la institución

realice en su actividad. Algo similar como cuando en el campo de la Medicina se crea un nuevo medicamento: tal vez quien lo consume ignora su composición y operatividad, pero confía en que el cuerpo sabrá procesar las sustancias para generar el efecto que se busca.

Instituciones jurídicas como el dolo asumen la capacidad de conocimiento de las personas para poder orientar su conducta, mas no por ello los destinatarios necesitan conocer la teoría del dolo o comprender sus variables, como tampoco explicar sus elementos; sin embargo, la institución es pensada como operativa frente a legos y a especialistas (Atienza, 2001). En tanto el Derecho descansa en la confianza de la capacidad de trasfondo de las personas, lo que se pretende de manera inmediata es que se realice algún aspecto de su vida social, aun cuando parezca afectarlo en su libertad.

De la negación en el Derecho

Si bien ya hemos adelantado algo, intentaremos una aproximación más precisa al análisis. Afirmamos que el Derecho es un medio de construcción de realidad social por el cual los individuos buscan definirse dentro del contexto. La realidad que produce es operada desde la individualidad (Teubner y Bourdieu, 2000).

Es preciso especificar que la realidad social constituida por las instituciones jurídicas involucra un variado universo fenoménico de situaciones y, entre ellas, las que se basan en el conflicto son apenas una variedad, ni siquiera la más abundante. Además, cuando nos referimos a “conflictos jurídicos”, ubicamos aquellas situaciones que deben ser procesadas en el espacio judicial, constituido por los procesos judiciales.

Se advierte que las instituciones jurídicas proveen de las herramientas de constitución de relaciones pacíficas y desatan relaciones conflictuales. Por ejemplo, a diario se celebran contratos de la más variada índole, lo cual no implica que las personas deban acudir al escenario judicial ni a expertos del campo jurídico. A ese espacio se asiste en cuanto acontece algo especial como un incumplimiento, pero si se comparan los casos que se judicializan con el incontable número de contratos que se establecen permanentemente, se observa que son pocos los que comparecen a tal terreno. Las situaciones no procesadas tampoco dejan de ser

típicamente jurídicas y conllevan efectos si se celebran conforme a la institución pertinente.

No por ser mínimas las situaciones de conflicto dejan de ser visibles y suelen ser objeto de análisis. Con ellas se operan al menos tres institutos jurídicos: el sustancial pertinente (como el contrato), el conflicto y el proceso. El conflicto es un pretexto para empezar a precisar lo que es y lo que no es la negación jurídica (Moya, 2012).

Si reparamos en los elementos del conflicto, surge la posibilidad de encontrarse con la caracterización misma de la negación. Imaginemos por un instante que Tomás y Mario celebraron un contrato de mutuo, mediante el cual Mario recibió \$100 de Tomás y adquirió el compromiso de retornarlo en un día específico. Llegado ese día, Mario recordó que en alguna ocasión el hijo de Tomás dañó un bien de su propiedad sin que hasta la fecha hubiera recibido el resarcimiento; por consiguiente, se abstiene de pagar. Tomás exige el pago y, en ausencia de él, acude con un abogado, quien gestiona la constitución en mora y presenta la respectiva demanda. Esta es contestada por Mario, quien admite que celebró el mutuo, pero exceptúa el deber pagar por compensación. Podemos afirmar que existe un conflicto porque se presentan las siguientes condiciones:

- a. En primer lugar, los enfrentados son dos sujetos de derechos, por cuanto los conflictos no pueden surgir sino entre personas. Quedan excluidas las situaciones de enfrentamiento con todo aquello que no satisfaga esa condición.
- b. Existen pretensiones enfrentadas, en el sentido de que la realización de la una implica la irrealización de la otra. Se entiende que el juez deberá optar por una de las propuestas de juicio que le formulen las partes en la demanda y en la contestación; en otros términos, una de las partes será satisfecha y la otra no.
- c. En tercer lugar, las partes deben estar de acuerdo en que entre ellas existe un conflicto que debe ser procesado y resuelto mediante un proceso que transformará su realidad social. Desde luego, no se trata de un acuerdo que exija formalidad; ni siquiera se debe ser completamente consciente, pues basta con que el comportamiento en torno a la situación evidencie que, en consideración de las partes, debe ser resuelto institucionalmente, de donde surgiría que sí existe tal acuerdo.

La negación necesaria surge como alternativa ante la irrealización de las pretensiones de una de las partes, lo cual conlleva que sus razones no fueron atendidas (Moya y Bernal, 2015). La negación definitiva, real e inconcusa aparece cuando una de las partes no es escuchada, por ejemplo, cuando se procesa el conflicto en ausencia de una de las partes, sin sustituir al sujeto dialogante dentro del proceso.

Para explicar este aspecto, debemos poner atención a algunas características diferenciales que acompañan a las personas. El Derecho es un medio de construir la realidad social y esta se opera en sociedad; los seres humanos no son los únicos seres sociales, pero su sociabilidad se distingue de otras como la de las hormigas, las abejas o los monos por la capacidad de expresar lo que piensan y hacerlo valer. No solo se considera su expresión, sino también se propone la posibilidad de realizarla y transformar con ella misma la realidad social.

El diálogo en sentido platónico y la teoría de la acción comunicativa parten de este presupuesto: los dialogantes intercambian sentido en busca de consolidarse como individuos dialogantes; puede ser que uno de ellos ceda en sus convicciones, adopte las del otro, transforme las ideas propias o las del otro en algún sentido, pero el diálogo hace que se produzca una configuración de la relación con los demás y consigo mismo. No se aprecia un comportamiento similar en otras criaturas, quizás porque no están dotadas o porque su pervivencia no lo requiere, sin perjuicio de otras formas de comunicación o de reafirmación de sí mismos.

Una condición de no diálogo entre humanos, de completa intransigencia o de inutilidad de la expresión del pensamiento es patológica, porque no permite posibilidad alguna de que alguien se realice, debido a que no se le admite expresar sus pensamientos o sus sentimientos. De hecho, la marginalidad social tiene por condición que las personas marginadas carezcan de posibilidades reales de ser escuchadas para transformar la realidad social, al menos aquella de la cual participan en su inmediatez. Cuantas mayores sean las posibilidades contrarias, menores opciones de marginación. Si se piensa en el silencio que genera la muerte producida, quizá se entienda mejor que la eliminación del otro logra el efecto de impedir la comunicación de él y con él.

Denominamos negación a todas las formas en las que un individuo se va a encontrar impedido para lograr transformar su realidad social mediante el diálogo o la expresión de su sentido (Moya y Bernal, 2015).

La negación mediante el Derecho

Sin duda, este título sugiere una contradicción, pues es tanto como enunciar, “cómo se hace para no desplazarse en el espacio dentro de una nave mientras navega”. Respecto a instituciones jurídicas, el enunciado es contradictorio, por cuanto sostuvimos que el Derecho es un medio de realización de las personas, que posibilita su definición social y les proporciona un mecanismo de constitución de su realidad social. Luego, un instrumento que no permite aquello para lo cual fue creado parece antinómico.

Sin embargo, el Derecho transforma la realidad social aun contra la voluntad de las personas, como lo manifestamos. Esta condición es perceptible en el Derecho Penal, considerado la máxima violencia lícita que puede ejercer el Estado sobre los individuos; por ello mismo se justifica que existan tantas limitaciones ocurridas desde el Derecho Internacional, capaces de catalogar la licitud o ilicitud de la administración de justicia nacional.

También se aprecia en otras competencias como la Civil, la Laboral y la Administrativa, razón por la cual los procesos también han sido objeto de instrucciones desde el Derecho Internacional. Esta fuerza del Derecho es su máxima debilidad. Es aquello que lo convierte en objetivo de quienes operan desde la arbitrariedad y la tiranía, porque una vez instituido, es una forma lícita de negación de los demás.

Como el lector acucioso lo estará intuyendo, la negación en el Derecho se presenta cuando es utilizado para crear realidad social o transformar la existente, lo que al cabo es igual, sin que alguna de las personas convocadas sea escuchada o su expresión sea atendida como objeto de un verdadero y auténtico análisis.

Cuando la persona erigida en parte es derrotada en juicio, esto es, tras haber sido escuchada y descartada su pretensión en forma argumentada, la transformación social se produce como una negación necesaria. Desatar cualquier conflicto implica negar de una u otra manera alguna de las dos partes, debido a que el juez está forzado a adoptar una decisión que será una sentencia que le dará la razón a alguna de las dos partes y negará sus razones a la otra. Esta negación es necesaria, en tanto las partes acuden al juez para que ello acontezca.

Desde luego, se reivindica que el procedimiento por el cual se opera la negación necesaria exige que se haya otorgado la oportunidad de expresión y que

esté sujeta a un análisis que arroje por resultado que la pretensión contraria estaba mejor argumentada (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 2000).

Las negaciones innecesarias son las que controvierten la fuerza del Derecho, no en su eficacia, sino en su justicia material. Por innecesaria se entiende toda forma de negación basada en actos sistemáticos ordenados a ignorar a las personas, impedirles manifestarse, no escucharlas o descartar sus expresiones de forma incompatible con el sistema de producción de la verdad judicial operante (Moya, 2012).

Ejemplos de instituciones jurídicas capaces de operar la negación no escasean —algunas de formas demasiado claras—, como el procesamiento penal de personas ausentes, tanto más crítico en cuanto se trate de procesos acusatorios y adversariales, en los que no existe la posibilidad de ordenar pruebas oficiosas y se deja al defensor del ausente en condiciones de improbabilidad material de defensa.

Las presunciones son otra forma de negar a las personas contra quienes se erigen. En Colombia es muy conocida la presunción de que, para efectos alimentarios, una persona a quien no se le ha podido demostrar el nivel de ingresos devenga un salario mínimo. Esta institución niega cualquier opción de controversia, por lo que se carece de opciones comunicativas dentro del proceso.

La conocida forma de enjuiciamiento penal de justicia sin rostro, en la que no se descubría el rostro del fiscal, del juez y de los testigos, reducía las posibilidades comunicativas, si bien no las anulaba por completo.

De la misma forma, existen alternativas de negación no institucionalizadas, como las que surgen de actos de corrupción judicial. Frente a ellos no tiene caso alguno alegar o impugnar, puesto que el funcionario adoptará la decisión por la que se desvió su juicio y no por lo que logren demostrar o argumentar las partes conforme a sus posibilidades.

Existen otras formas de negación ya no vinculadas con posiciones oficiales ni actos ilícitos, sino que se entreverán en el oficio judicial con pretextos como la justicia y, a veces, sin pretexto real, como cuando el juez permite que en su juicio se deslicen prejuicios inconsultos de la ley, sin que ceda ante argumentos apropiados a la institución que se está operando.

A manera de conclusión: la negación como categoría de análisis de legalidad y de investigación

Hemos resaltado la significación del Derecho como medio de construcción social de la realidad, propósito que se realiza mediante la asignación de estatus a los individuos impactados por el sistema normativo, lo cual se traduce en un propósito de definición social de los sujetos.

También se afirmó que el Derecho tiene una orientación concreta hacia la autoafirmación de las personas que buscan en él una solución a sus conflictos. Sin embargo, se encontró que este puede prestarse a un propósito contrario, que es lo que llamamos negación: instituciones jurídicas inconsultas de la voz o del sentido que asiste a quien aparece impactado por la institución particular, esto es, construcción de la realidad individual sin oír o atender a la persona cuya realidad será transformada por la institución social aplicada.

El sistema normativo termina siendo fenoménicamente un subsistema dentro de un supersistema designado sociedad. Se integra a la estructura y proporciona las funciones que le corresponden en el marco de producción que le asigna el sistema social. Más aún, el sistema normativo se desenvuelve a partir de una serie de principios y valores que informan sobre su vocación y tendencia, de modo que la capacidad de negación legal de las instituciones va a depender directamente del régimen constitucional.

El Derecho Penal, en tanto institución, es en sí mismo un método de negación de derechos fundamentales. Así se verifica cuando alguien es condenado, situación que conlleva una negación significativa de derechos definitivos como la libertad; desde esta perspectiva, se niegan algunos derechos de los individuos para salvarlo, es decir, para autoafirmarlo socialmente. Tal negación sería catalogada como necesaria frente a un régimen constitucional que erige al Estado como social y de Derecho, en donde la dignidad humana informa la configuración o el plexo de valores y principios institucionales. En este sistema constitucional, el hecho de que un individuo muera por otro es una forma de revitalizar su esencia como persona. Mientras, otro tipo de negación, por ejemplo, la que surge de figuras como el agente provocador, resulta incompatible con el mismo régimen constitucional.

En cambio, desde un régimen de tipo comunitario, el agente provocador es compatible, si bien las negaciones operadas son necesarias, pues la organización comunitaria así lo demanda: se niega al individuo cuando implica reafirmar al grupo social. Que un individuo vaya a la guerra y muera por la patria es una forma de realzar su valor como persona.

Se descubre que un servicio prestado por la categoría de la negación es establecer el tipo de negación derivada de un instituto jurídico particular: ¿Se trata de una negación necesaria o innecesaria? De ser necesaria, la negación es legal y, por consiguiente, el instituto es compatible con el régimen. Si es innecesaria, se está indicando la ilegalidad del instituto y su incompatibilidad con el sistema. Ello reclama como condición tener claridad sobre los valores y principios del sistema. La negación se erige en un visor de legalidad.

Por otra parte, la negación permite ordenar y catalogar la información generada en procesos investigativos, en tanto resulta determinante para el análisis de las instituciones jurídicas. De acuerdo con el tipo de investigación, la negación puede informar si opera como efecto del uso de un instituto jurídico y la forma como se hace, o sea, a partir de la institución misma o desde las prácticas e interacciones desatadas en su ejercicio.

Un tipo de análisis de las instituciones jurídicas surge de la inquietud acerca de si hay negaciones a partir de ellas y, de ser así, cómo se originan, si forman parte del instituto o, por el contrario, no surgen de él, pero sí del uso que se hace de este. Más tarde, el investigador habrá de preguntarse sobre la manera como se operan las negaciones y sus efectos. Desde luego, en tanto categoría, la negación se predica de cualquier hecho institucional. Si hacemos énfasis en el Derecho, se debe al objeto de estudio que asiste, pero no es cualidad exclusiva de este particular hecho institucional.

Tanto el juicio de legalidad como la verificación epistémica se nutren de una evaluación conjunta que indaga lo que el Derecho hace con los individuos y, al tiempo, lo que los individuos hacen con el Derecho. Un instrumento de opresión o un instrumento de realización: la negación permite descubrir lo que un hecho institucional es en su esencia y en su práctica.

ANÁLISIS SEMIÓTICO DEL PROCESO PENAL COLOMBIANO. UN EJERCICIO APLICADO DESDE LA TRANSVALORACIÓN Y LA NEGACIÓN

A partir del 1 de enero de 2005 empezó en Colombia la implementación de lo que se ha denominado sistema acusatorio. Tal modificación, que tuvo su primera expresión normativa en el Acto Legislativo 03 de 2002, apareció como alternativa frente a las disfunciones expresadas en el precedente Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), tributaria del Decreto 2700 de 1991 y, en general, de los códigos procesales de tendencia napoleónica, que regularon el procesamiento penal durante la los siglos XIX y XX.

La modificación implicaba un cambio significativo de más de dos siglos de producción normativa, jurisprudencial, doctrinaria y, ante todo, de prácticas judiciales consolidadas que, al interiorizarse por repetitividad, procuraron una cierta forma de pensar, vivir, sentir y proyectar el proceso penal (Moya, 2015).

De acuerdo con las explicaciones suscitadas sobre la reforma constitucional que trajo el sistema acusatorio a nuestra justicia penal, se dice que el propósito es superar las deficiencias del sistema anterior. Al indagar por dichas deficiencias, abundan las respuestas que señalan la impunidad, la mora judicial, los poderes exorbitantes de los fiscales y los inconvenientes de mantener una mixtura de dos tendencias procesales, por citar las más frecuentes.

Esas características de nuestra justicia son incontestables. Sin embargo, ¿son efecto del sistema procesal que hoy rige y que pronto sucumbirá o existen causas

que nada tienen que ver con el tipo de sistema y se entreveraron con este? Lo cierto es que no existen estudios que hayan medido los efectos verdaderos del sistema sobre las falencias de nuestra justicia penal. Apenas se han procurado aproximaciones por parte del Consejo Superior de la Judicatura en relación con la impunidad judicial y dejan a un lado la impunidad material o social.

Pues bien, cambiamos el sistema para mejorar el predecesor y nos estamos moviendo en esa dirección, pero no podemos desatender que no averiguamos el porqué. De ahí que las previsiones en torno a optimizar la administración de justicia, vía sistema acusatorio, son aleatorias.

Basta detenernos a pensar si, por ejemplo, el factor que más degeneró en fallas judiciales fue la sobrecarga laboral de jueces y fiscales. Esto habría sido bastante fácil de establecer, si se tienen en cuenta circunstancias reales y medibles, como que mientras hay fiscales con cargas laborales que superan cuatrocientos procesos, otros no van más allá de veinte. Así, nunca se determinó si el sistema era funcional en la Unidad de Fiscales Delegados ante la Corte Suprema, que no tiene la sobrecarga de los fiscales locales. Menos se intentó disminuir la carga de estos últimos o dotarlos con las herramientas mínimas necesarias para desarrollar su labor y verificar si mejoraban su rendimiento. Tampoco se midieron la calidad de las decisiones y sus efectos materiales, es decir, cuántas sentencias condenatorias fueron revocadas o casadas, cuántas ejecutadas, etcétera, para saber si el sistema sirvió o no en los casos que llegaron a pronunciamiento de fondo.

Por otra parte, un cambio de método no implica que los índices de impunidad se modifiquen, pues por ello no va a haber más o menos delitos. Los fiscales y los jueces tampoco van a poder resolver un mayor número de casos. Puede que las causas penales tarden menos —y eso está muy bien—, pero habrá que ver si la congestión de los fiscales de hoy se reinstala en los jueces de garantías, con lo cual no habremos ganado mayor cosa.

A quienes sostienen que para dar paso al nuevo sistema hay que crear la “cultura de la oralidad”, conviene recordarles que una cultura es un sistema de creencias que contribuye a la configuración de una forma de vida y, en consecuencia, a la cohesión de sus practicantes. Así que las culturas no son obra de laboratorio, máquinas de producción o cursillos veloces, sino el arte de ajustar un modo de ser durante siglos. Lo que sí se puede es fomentar un aspecto de la cultura que bien puede estar articulado con la oralidad —cosa bien distinta—, aunque tampoco se

estudiaron las prácticas de la cultura colombiana que pudieran provocar actitudes más condescendientes con la oralidad.

Tanto más crítico este aspecto cuanto echamos de menos en las comisiones redactoras a los antropólogos, sociólogos, comunicadores, psicólogos sociales y demás profesionales cuya sabiduría ilumina las oscuridades connaturales a la formación de los doctores de la ley. Su ausencia permite prever la ligereza de los contenidos sustantivos del nuevo sistema y su distancia de la sociedad, receptora final de la modificación. Al respecto, basta considerar nuestra experiencia jurisdiccional en materia laboral.

Es la más trascendental reforma que afectaba el sistema penal en Colombia. A partir de ella se suscitó una suerte de expectativas. En efecto, las prácticas del proceso penal napoleónico resultaban disfuncionales: por un lado, los procesos eran bastante costosos y, por otro, demorados. Lo que es más lamentable, tenían la posibilidad legal de error judicial acentuada, en tanto la estructura del proceso permitía que una persona procesada viviera en detención efectiva el tiempo de la pena y que, sin embargo, resultara absuelto. La elongación inusitada del proceso ocasionaba otro tipo de absurdos legales, por ejemplo, que tras la audiencia de juicio oral, los jueces tardaran más de un año en emitir la sentencia o que, en apelación, los expedientes llevaran más de un año a la espera de una decisión.

Todas estas expresiones de disfunción apenas pueden expresarse sobre la base de la experiencia personal de abogados que vivenciaron en condición de jueces, fiscales, litigantes privados, defensores públicos o agentes del Ministerio Público, pues jamás se desataron las investigaciones pertinentes a fin de señalar las causas de tales disfunciones. Lo cierto es que se cambió el esquema procesal en busca de unos resultados concretos, sin saber qué fue lo que provocó la creciente vorágine de iniquidades y malos entendidos resueltos en contra de la justicia deseada mediante el proceso penal.

Esta no fue solo una modificación legislativa que alteraba el ritmo procesal. De repente, el país se encontró asistiendo a una forma de procesamiento penal que no conocía más que en sus generalidades, sin advertir que ella implicó repensar el proceso de una forma tan distinta, que ni siquiera imaginaba las implicaciones que contenía y que debía asumir en la inmediatez. La evidencia surgida de lo que ha ocurrido desde que se empezó la implementación a la fecha demuestra que el proceso de interiorización aún no concluye y que las resistencias son

preocupantes en todos los ámbitos y respecto a todos los intervinientes, al punto de que en aspectos cruciales se ha retornado a prácticas propias de lo que se propuso superar, por ejemplo, las pruebas de oficio.

Uno de los aspectos más críticos en su reconversión está constituido por el nuevo régimen de producción de la verdad judicial. Profundamente distinto, cuando no contrario, a lo que el país estaba acostumbrado, el nuevo régimen atiende a criterios tan diferentes como la constitución de la verdad dentro del pensar kantiano y el pensar hegeliano (Moya, 2012).

La única versión de la verdad judicial no es la llamada “verdad real”, kantiana y aristotélica; es una versión a la que nos acostumbró el régimen napoleónico practicado durante el tiempo de vida republicana del país.

Al otro extremo se ofrece un modelo en el que la verdad es aquella que se constituye en el proceso, conforme al juego judicial. Este modelo es el que fundamenta la producción de la verdad en el nuevo esquema de procesamiento penal y que el país no ha logrado comprender.

Con frecuencia, el analista del Derecho pierde su objetivo primordial. Así, el conocimiento jurídico es empleado al servicio de veleidades fatuas o como actividad lúdica que se agota en sí misma. El conocimiento que sirve a intereses inconsultos de la sociedad no es otra cosa que desarraigo de su esencia, de su *eidos* impersonal y benemérito, que es servir de herramienta de felicidad, de hallazgo y sostenibilidad de condiciones que permiten el desarrollo armónico de los individuos complacidos en la paz compartida de un acontecer inocente y ajeno a propósitos mezquinos.

Al cabo, pensar las instituciones jurídicas desde las lejanías de la vanidad individual o en las de un ascetismo sincrético y afín a un estado de soledad asocial termina siendo ridículo, por su contradicción estéril. Reconducirse hacia su verdadero propósito puede ser tan pretensioso como necesario, pues contribuye a reencontrar un valor de generación de la riqueza que compromete la tranquilidad en la consolidación de métodos compartidos.

Asistimos a una historia que registra un distanciamiento sustancial entre la sociedad y sus instituciones jurídicas, pues los productores del saber jurídico se han desentendido de procurar comprender el tipo de sociedad que hará algo con ellas. No se han interesado en establecer si lo que le ofrecen es lo que quiere y necesita, si la forma como le son presentadas consulta las formas de comprensión

que suele emplear, en fin, si esas instituciones son adecuadas a una agrupación de personas que tiene formas específicas de soñar, trabajar y hacer lo mejor que pueden.

Como una manifestación de rebeldía frente a esa tendencia, surge la propuesta de volverse sobre lo que se ha ignorado para repensar el Derecho, validos de una herramienta que, quíerese o no, fuerza a volver la mirada sobre lo que nunca ha debido ser ignorado: las personas.

La sociedad colombiana ha sido sujeto y objeto de negación, entendida esta como la manera más lamentable de excluir el diálogo como forma de ser y ejercicio vívido del espíritu. El diálogo, que no es apenas un hablar, sino una práctica compleja que involucra como condición esencial la voluntad de permitir a la consciencia la invasión del pensamiento del otro, demanda encontrar en esta un ser igual, valioso e imprescindible, que merece la atención y el silencio que el esfuerzo de comprensión amable reclama.

Si no se quiere dialogar, el otro no importa, es sustituible y cualquier acto de voluntad puede eliminarlo. Las formas de justicia autocompositiva se ofrecen a la orden del día, según pueda sujetarse la voluntad de alguien más. Anomia, lo llamaría un sociólogo. ¿Cómo sorprenderse sin sonrojarse por la existencia y eficacia de grupos autojusticieros, cuando la autocomposición forma parte de los modos de ser permanentes de los individuos?

La negación de las sociedades al imponerles instituciones inconsultas de su sentido de justicia genera negaciones mayores. Sin duda, cuando la justicia penal corre paralela a las necesidades y expectativas, se abren mayores opciones a las prácticas de justicia autocompositiva.

Ahora, por qué sucede esto en Colombia es algo sin resolver. Aun cuando la sospecha intuida sugiere que la academia tiene su propia responsabilidad, al adoptar una posición de élite entendida de la peor forma, es decir, cuanto más valiosa, menos considera en sus cimientos a la sociedad a la cual debería prestar todos sus servicios. Paradoja que parece burla; sin embargo, ha sido también una característica de las interacciones sociales que establecemos.

La transvaloración se ofrece con el propósito de verificar la forma como la sociedad experimenta el ejercicio y la práctica de las instituciones jurídicas, lo que hace con ellas, lo que sueña con ellas y lo que no quiere de ellas. No se trata de una mirada neutra de preconceptos; al contrario, reclama como condición de

partida verificar las estructuras sociales en su constitución sistémica. Como evidenció su aplicación en el espacio judicial penal colombiano, la posibilidad de un análisis que parta de la transvaloración compromete establecer que la sociedad construye la verdad en el espacio judicial. Si se quiere abarcar también el campo jurídico penal, entonces deberá definirse cómo experimenta la función punitiva, su experiencia remota, actual y futura del castigo.

En suma, la transvaloración es una categoría de análisis que, aplicada al Derecho, permite subtender la sociedad con sus instituciones jurídicas.

Por su parte, la negación permite identificar lo que se encuentra silenciado. Es importante, puesto que la Semiótica de la Justicia considera tan trascendentales las verdades como las mentiras de una sociedad, lo que se dice y se calla acerca de lo que debe ser y no ser (Moya, 2010).

Si tomamos una institución “importada” como es el proceso penal de tendencia acusatoria y adversarial, lo primero que surge al ser escrutado con fundamento en la transvaloración y la negación es que nuestra sociedad, incluso la especializada en Derecho Penal, no fue escuchada; luego, la institución le fue impuesta. Los mismos creadores de la versión criolla de la institución partieron de presupuestos de transvaloración como una sentida desconfianza hacia otras instituciones, que quisieron sortear por medio del llamado proceso acusatorio.

En consecuencia, la tendencia indica que la sociedad procura reevaluar la institución, al hacerle decir algo para lo cual no fue creada. Lo que asoma es que dentro del esquema de la Ley 906 de 2004 anidan prácticas correspondientes a un modelo procesal de estirpe inquisitorial.

No por haber audiencias públicas, orales y concentradas hay o debe haber operatividad de los principios acusatorio y adversarial; de hecho, nuestra sociedad demuestra que se puede ser inquisitorial en ejercicio del tipo de audiencias de las cuales se precian los esquemas acusatorios.

Si además estimamos la formalización del proceso —dada su trascendencia, pues de ella depende el que una persona pueda o no defenderse— los orígenes de la Ley 906 evidencian una crisis que intentó resolverse propiciando otra crisis.

La relevancia de desentrañar el propósito legislativo tiene explicación en identificar los límites de extensionalidad con los que se idearon las disposiciones, es decir, qué fue lo que se pretendió con la norma y hasta dónde quiso llegarse. Tal enunciación no es un postulado traído de la Semiótica del Derecho, sino un

principio informado legalmente, en nuestro caso, desde hace mucho más de un siglo.

El Artículo 27 del Capítulo IV, sobre interpretación de la ley, contenido en el título preliminar del Código Civil o Ley 57 de 1887, previó que:

Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento (cursivas propias).

Se trata, nada más y nada menos, que de un criterio de interpretación principal, pues a él se tiene que recurrir siempre como si se tratara de un criterio auxiliar.

La pretensión legislativa expuesta en la historia de la Ley 906 de 2004 nos informa que la formalización de la investigación generalizada y previa a la acusación se introdujo en la Ley como método para desatar el ejercicio del derecho de defensa.

Se adujo que el mismo derecho no puede fraccionarse —así que no puede haber instantes investigativos sin defensa— y que la formalización se opera mediante la formulación de imputación en audiencia ante el juez de control de garantías.

Esto llevó a la conclusión original de que debe formalizarse desde un principio, porque es la única forma de cumplir el propósito con que se introdujo la formalización en los términos expuestos. Como lo advirtieron los partidarios de la formalización excepcional, esto cuestiona la pureza del enjuiciamiento concebido y lo arriesga a contradicciones importantes.

A su vez, los partidarios de la posición que se impuso por mayoría admitieron que era así, pero que el enjuiciamiento debía adecuarse o modularse conforme a los principios constitucionales y que el principio constitucional de la integridad del derecho de defensa durante la investigación, contenido en el Artículo 29, reclamaba que el enjuiciamiento colombiano, acusatorio o no acusatorio, tuviera una investigación integralmente defendida.

En consecuencia, la formalización en el régimen de la Ley 906 de 2004 es prerequisite de legalidad del proceso para cualquier etapa subsiguiente.

Cuando se decidieron a aprobar la formalización generalizada y previa a la acusación, los miembros de la Comisión Redactora Constitucional (CRC) no retomaron las disposiciones adoptadas, las cuales correspondían a una propuesta original con formalización excepcional, fiel al enjuiciamiento acusatorio y adversarial. Como resultado, la Ley 906 es un entramado contradictorio de normas apropiadas para un procedimiento con y sin formalización.

Una lectura poco informada acerca de la historia de la Ley permite arribar a conclusiones lógicas: no siempre debe haber formalización, se puede formalizar en formas diversas de la formulación de imputación, debe haber derecho de defensa excepcional previo a la diligencia de imputación y muchas otras más que pueden alcanzarse de muy buena fe, pero son ajenas a la historia fidedigna de la Ley 906 de 2004. Más que ajenas, contrarias (Moya, 2012).

De acuerdo con la real historia legislativa, la formalización por medio de la formulación de la imputación es una garantía para el procesado y un requisito de legalidad del procedimiento, porque a partir de ella se realiza el presupuesto del Artículo 29 de la Constitución. Es la forma como opera o se hace posible el ejercicio efectivo de un derecho fundamental como la defensa.

Sin embargo, hemos encontrado decisiones de la Corte Constitucional que, aun cuando se basan en presupuestos compatibles con los de la posición mayoritaria de la CRC, alcanzan las conclusiones de la posición derrotada. Ello es fruto de adoptar decisiones que, al menos en su *obiter dicta*, no consultan la historia de la ley cuya constitucionalidad dice haber guardado.

La carencia de un discurso coherente, que debe partir de los presupuestos argumentativos del creador de la Ley, dificulta entender las normas y precipita reformas legislativas sin el control y el debate prescrito por el Acto Legislativo 3 de 2002 y arriesga aún más la integridad del enjuiciamiento.

Lo cierto es que se debe defender la interpretación original, que imprime prevalencia al derecho de defensa sobre los principios acusatorio y adversarial.

La misma huella se descubre a propósito del llamado principio de congruencia, pues no es difícil advertir que su uso y práctica han generado el retorno a un modelo típicamente inquisitorial (Moya, 2012).

CONCLUSIONES

La cultura jurídica ha sido entendida como “cosa de expertos”. Esa tradición es la que se ha construido con el predominio epistemológico precipitado por la Hermenéutica y la Dogmática.

Esta es una de las características comunes que las hermana, más allá de las cualidades y especificidades que las distinguen en su método y fundamento. También se identifican en que entienden el campo jurídico, muy a la manera de Bourdieu (Teubner y Bourdieu, 2000), es decir, se trata de una comunidad de especialistas que habla en un lenguaje técnico y propicia unas exclusiones, pues la membresía de su integración se expresa en unos *habitus* propios de los expertos en Derecho. Luego, no les resulta extraña esa consideración conforme con la cual la sociedad es una mera “destinataria” del Derecho, lo que trae como efecto negativo que sociedad y Derecho sean dos términos cuya coincidencia no es más que un azar.

Los estudios hermenéuticos y los dogmáticos se lamentan de esa distancia que, la verdad sea dicha, es propiciada por la estructura de sus métodos.

Con esto queremos decir que sociedad y Derecho son términos de dos ecuaciones distintas si los métodos de aproximación científica al fenómeno jurídico los disciernen, o sea, la separación no procede del fenómeno, sino del método.

Por ello, reconocer a la sociedad como forjadora de Derecho incomoda al hermeneuta y al dogmatista, pues parece desafiar la ocupación de los espacios en los que se han enseñoreado hegemónicamente, al menos desde la presencia del famoso Colegio Pontifical, desplazado posteriormente por los aún más famosos juristas clásicos.

La Semiótica del Derecho, por el contrario, reconoce en la sociedad la máxima fuente de Derecho.

En efecto, para la Semiótica Jurídica, la justicia es el elemento del Derecho y puede que esta no sea una diferencia necesaria respecto a la Hermenéutica y la Dogmática. En lo que difieren profundamente es en cuanto a su producción. Mientras para aquellas es fruto del trabajo profesional de los técnicos, para la Semiótica del Derecho la justicia es un sentido social que se forja mediante procesos comunicativos, entre los que se cuentan los de predominio técnico, como sucede en el campo judicial y en el académico. Los procesos básicos de comunicación en los que se genera ese sentido ocurren sin que sea condición la participación de esos técnicos.

Los procesos comunicativos en los que no importa tanto la profesión del hablante, como los propios de la vida cotidiana en los que ocurren contratos de toda índole y en todo momento, hasta aquellos en los que se habla de la justicia judicial y no judicial, como los de medios de comunicación, pesan en la producción y transmisión del sentido de justicia de una forma tan espontánea y transparente, que escapa a los escrutinios hermenéuticos y dogmáticos, siempre en busca de la sofistería jurídica (Bernal y Moya, 2015).

Los legos hablan de justicia y la viven a su manera, usan los signos jurídicos y reclaman la sofisticación intelectual del experto en Derecho, pero otros no lo hacen y estos también inciden en la producción, incluso la judicial, del sentido de justicia. Eso es lo único que explica, por ejemplo, que se condenen personas por el delito de inasistencia alimentaria sin mayor consideración a la estructura típica del reato; que se practique un modelo de responsabilidad subjetiva y causal, cuando una norma rectora del Código Penal ordena lo contrario; que, pese a una orden constitucional concreta y a una ley que la desarrolla, las prácticas judiciales respondan a tendencias de estirpe inquisitorial; que lo acusatorio y adversativo no sea sino letra neutra en la ley positiva.

Dos categorías de análisis sirven al método semiótico del Derecho: la transvaloración y la negación. Transvalorar implica que una sociedad o comunidad de hablantes sometan a las instituciones a un proceso de apropiación mediante el cual hace su propia versión de ellas, hasta hacerlas corresponder con su identidad para reafirmarla.

El proceso de transvaloración constituye un cierto desorden que, en palabras de Nietzsche (1985), es el tránsito de lo apolíneo a lo dionisiaco y de regreso a lo apolíneo. Una tranquilidad, que es el *statu quo*, es desordenada en una suerte de entropía social, hasta forjar un estándar de tranquilidad que, sin duda, volverá a ser sujeto de procesos de transvaloración. Se trata de una dinámica entre el orden y el desorden que vuelve al orden; una especie de autopoiesis que sirve a la autoafirmación de las sociedades.

A las instituciones jurídicas les pasa igual: la sociedad hace de ellas algo propio y para ello genera desorden en busca de orden, que se traduce en un sentido de justicia.

En esos procesos hay afirmaciones y negaciones. Las negaciones son “silenciamientos”: alguien deja de decir lo que tiene para decir y se le hace decir otra cosa o el silencio da la oportunidad a otra fuente de expresión.

De acuerdo con el método semiótico, a partir de la transvaloración y la negación del procedimiento penal colombiano, se advierte cómo la sociedad colombiana fue violentada, negada, con un esquema procesal que desconoció su sentido de justicia. Mediante un proceso que aún no concluye, lo ha transvalorado hasta hacer de él un enfoque inquisitorial, con audiencias orales, públicas y concentradas, en las que una institución cumple la función de investigar y acusar mientras otra juzga.

¿Paradoja procesal? No, pero solo puede ser entendida semióticamente y comprendida su propia *ratio* como transvaloración; fruto de una negación, siempre se corre el riesgo de mayores negaciones. Si la sociedad no logra transvalorarla hasta hacerla corresponder con su sentido de justicia, la posibilidad de negaciones mayores, como las que provienen de las prácticas autocompositivas, se acentúa.

Estos fenómenos no deben ser nada más que ocasiones para críticas, sino la feliz oportunidad de aproximación a algo que ha sido resbaladizo a nuestra academia: la comprensión del sentido de justicia, específicamente de justicia penal, que hace la sociedad y que la vive como parte de su propia identidad.

Comprender el sentido de justicia es comprender la identidad de una sociedad; por ello, es inaplazable su acometida y la semiótica del Derecho es una ruta científica en tal dirección.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Barthes, R. (2010). *Mitologías*. (H. Schmucler, trad.). Ciudad de México: Siglo XXI.
- Bastida, X. (2000). *El Derecho como creencia. Una concepción de la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. y Moya, V. (2015). *Libertad de expresión y proceso penal*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Carnera, A. (2012). Freedom of Speech as an Expressive Mode of Existence. *International Journal for the Semiotics of Law*, 25(1), 57-69.
- Castañares, W. (2014). *Historia del pensamiento semiótico*. Madrid: Trotta.
- Coskun, D. (2007). The Linguistic Turn of Social Contract Theory: Ernst Cassirer and the Conditions for the Possibility of a Promise. *International Journal for the Semiotics of Law*, 20(2), 129-158.
- Discini, N. (2015). *Corpo e estilo*. Brasília: Contexto.
- Eco, U. (1991). *Tratado de Semiótica General*. 5a ed. Barcelona: Lumen.
- Ferrari, V. (2002). *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*. Madrid: Dykinson.
- Foley, R. (2002). Convention as Intention —The Institution in All of Us. *International Journal for the Semiotics of Law*, 15(4), 431-434.
- Geertz, C. (1987). *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa.
- Geertz, C. (2003). *El surgimiento de la Antropología postmoderna*. Barcelona: Gedisa.

- Greimas, A. y Courtés, J. (1991). *Semiótica. Diccionario razonado de la teoría del lenguaje*. Madrid: Gredos.
- Greimas, A. y Fontanille, J. (1994). *Semiótica de las pasiones. De los estados de cosas a los estados de ánimo*. (G. Hernández y R. Flórez, trads.). Ciudad de México: Siglo XXI.
- Grossi, P. (1996). *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons.
- Habermas, J. (2002). *Acción comunicativa y razón sin trascendencia*. Barcelona: Paidós.
- Halliday, M. (1994). *El lenguaje como semiótica social. La interpretación social del lenguaje y del significado*. (J. Ferreiro, trad.). Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Husserl, E. (1996). *Meditaciones cartesianas*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Husserl, E. (2013). *Ideas relativas a una fenomenología pura y a una filosofía fenomenológica. Libro primero: Introducción general a la fenomenología pura*. (J. Gaos, trad.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Hutton, C. (2009). Meaning, Time and the Law: *Ex Post* and *Ex Ante* Perspectives. *International Journal for the Semiotics of Law*, 22(3), 279-292.
- Izzo, V. N. (2012). Beyond Consensus: Law, Disagreement and Democracy. *International Journal for the Semiotics of Law*, 25(4), 563-575.
- Kalinoswski, G. (1975). *Lógica del discurso normativo*. Madrid: Tecnos.
- Kevelson, R. (1987). *Charles S. Peirce's Method of Methods*. Amsterdam: John Benjamins Publishing.
- Kevelson, R. (2011). *The Law as a System of Signs*. Nueva York: Springer.
- Lacan, J. (1972). *Las formaciones del inconsciente*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Lévi-Strauss, C. (1985). *Las estructuras elementales del parentesco*. Barcelona: Planeta Agostini.
- Lindahl, E. (1984). La intencionalidad jurídica. *Universitas Philosophica*, 2(3). Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vniphilosophica/article/view/16915>
- Lorenz, K. (1998). *Sobre la agresión: el pretendido mal*. Madrid: Siglo XXI.
- Luhmann, N. (2000). *La realidad de los medios de masas*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. (R. Torres, trad.). Ciudad de México: Herder.
- Luhmann, N. (2007). *La sociedad de la sociedad*. Barcelona: Herder.
- Merleau-Ponty, M. (1957). *La estructura del comportamiento*. Buenos Aires: Hachette.
- Merleau-Ponty, M. (1970). *Lo visible y lo invisible*. (J. Escudé, trad.). Barcelona: Seix Barral.
- Merleau-Ponty, M. (1985). *Fenomenología de la percepción*. Barcelona: Planeta-Agostini.

•Bibliografía•

- Moya, V. (2007). *Los fallos penales por inasistencia alimentaria. Un desfase entre la ley y la práctica judicial*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Moya, V. (2010). *Una manifestación de política penal aplicada: el procesamiento de personas ausentes en la Ley 906 de 2004*. Bogotá: Imprenta Nacional, Defensoría del Pueblo.
- Moya, V. (2012). *El principio de congruencia en el procedimiento penal de la Ley 906 de 2004*. Bogotá: Universidad La Gran Colombia.
- Moya, V. y Bernal, C. (2015). *Los menores en el sistema penal colombiano*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia. Bogotá.
- Nietzsche, F. (1985). *La gaya ciencia*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Peirce, C. (2008). *El pragmatismo*. (S. Barrena, trad.). Madrid: Ediciones Encuentro.
- Perelman, C. y Olbrechts-Tyteca, L. (2000). *Tratado de la argumentación*. Madrid: Gredos.
- Ricoeur, P. (1990). Between Hermeneutics and Semiotics. *International Journal for the Semiotics of Law*, 3(2), 115-132.
- Saint-Exupéry, A. (1998). *Ciudadela*. (H. Ferro, trad.). Barcelona: Alba Editorial.
- Searle J. R. (1997). *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós.
- Shütz, A. (1966). *El problema de la realidad social*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Teubner, G. y Bourdieu, P. (2000). *La fuerza del Derecho*. Bogotá: Uniandes.
- Twain, M. (1916). *El forastero misterioso*. Nueva York: Harper.
- Van Schooten, H. (1996). The Meaning of Law as Instrument. *International Journal for the Semiotics of Law*, 9(1), 95-108.
- Von Kutschera, F. (1979). *Filosofía del lenguaje*. (A. Álvarez, trad.). Madrid: Gredos.
- Warley, J. (2007). *Semiótica de los medios. Signo, representación, ideología, política*. Buenos Aires: Biblos.
- Werner, W. G. (2001). Armed Conflicts, Images of Law and Legal Semiotics. *International Journal for the Semiotics of Law*, 14(4), 327-328.
- Wittgenstein, L. (2002). *Tractatus Logico-Philosophicus*. (L. Valdés Villanueva, trad.). Madrid: Tecnos.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia
en febrero de 2017, impreso en papel propali-
bros de 75 g., en tipografía Times New Roman,
tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

FUNDAMENTOS
SEMIÓTICOS
PARA LA INVESTIGACIÓN
JURÍDICA

14

La Semiótica del Derecho, Semiótica Jurídica o, como es nuestra preferencia, la Semiótica de la Justicia, es una variable epistemológica del Derecho, cuya particularidad consiste en desentrañar el fenómeno jurídico a partir del sentido de justicia que una comunidad de hablantes logra mediante los procesos comunicativos o actos de habla que se operan en uso de los signos del Derecho.

A diferencia de la Hermenéutica, la Dogmática y la Sociología del Derecho, reconoce en la sociedad al principal gestor de la justicia —incluso de la justicia jurídica propiamente dicha— y no solo de la justicia social, por lo que el fenómeno jurídico no forma parte del patrimonio de los técnicos del Derecho, a los cuales reconoce como unos ciertos voceros de un cierto aspecto de la dimensión que llama *iusphera*.

Pese a la importancia que ha adquirido desde los juiciosos estudios de Roberta Kevelson, tal y como se evidencia en Norteamérica y Europa central, sobre todo en relación con el llamado enfoque procesal de tendencia acusatorio-adversativa, Iberoamérica ha sido exageradamente discreta en su acogida —cuando no diletante—, tal vez por cuanto la Semiótica del Derecho fisura las certezas hermenéuticas y dogmáticas, como por ejemplo reducir la sociedad a nuda destinataria de las instituciones jurídicas, a las que la colonización del pensamiento extranjero nos acostumbró con pretensiones hegemónicas, por cierto bastante eficaces.

Mediante esta obra se evidencian algunos aportes tomados de la Semiótica para impactar los procesos investigativos sobre el fenómeno jurídico. Quisiéramos restablecer el efímero entusiasmo que hace aproximadamente cincuenta años se tuvo por la Semiótica del Derecho y, en todo caso, contribuir a la cultura jurídica. Se mira con respeto el pasado, pero con una refulgente esperanza hacia el futuro de la justicia, al tiempo que se promueve y se invita a los investigadores del Derecho a considerar las ventajas y la complejidad que la Semiótica ofrece, en favor de la convivencia pacífica basada en el reconocimiento del sentido de justicia como construcción social.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

